

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE
et des garanties accordées à l'adversaire du représenté

DROIT FRANÇAIS

DES EFFETS DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE
SUR LES ACTES ANTÉRIEURS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

JULES COLLIGNON

Avocat à la Cour d'appel

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le jeudi 14 février 1889 à 2 heures 1/2

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

Suffragants : { MM. RATAUD, professeur
LE POITTEVIN } *agregés.*
PLANIOL,

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres
matières de l'enseignement

PARIS

GEORGES ROUGIER

11, RUE DU REGARD, 11

1889

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547908_0025

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE

et des garanties accordées à l'adversaire du représenté

DROIT FRANÇAIS

DES EFFETS DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE
SUR LES ACTES ANTÉRIEURS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

JULES COLLIGNON

Avocat à la Cour d'appel

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS SERA SOUTENU

Le jeudi 14 février 1889 à 2 heures 1/2

Président : M. LYON-CAEN, professeur.

Suffragants : { MM. RATAUD, professeur
LE POITTEVIN } *agrégés.*
PLANIOL,

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites sur les autres matières de l'enseignement



PARIS
GEORGES ROUGIER

11, RUE DU REGARD, 11

1889

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

DE LA REPRÉSENTATION EN JUSTICE

Et des garanties accordées à l'adversaire du représenté

INTRODUCTION

Il est un principe à Rome qui domine toute la législation, et qui, malgré certaines exceptions nées de la pratique, a toujours été maintenu. C'est qu'un acte ne peut produire d'effet qu'à l'égard de ceux qui l'accomplissent ; il n'est pas admis que les actes faits par une personne puissent jamais être réputés faits par une autre. Il faut avouer que cette idée bien gênante, il est vrai, dans ses conséquences est plus conforme à la réalité ; c'est une fiction seule qui autorise une personne à venir prendre pour elle les résultats d'actes faits par d'autres et les législations primitives admettent rarement les fictions. L'idée de la représentation telle que nous la comprenons actuellement tend à diviser un acte juridique qui au fond devrait être un ; c'est une personne qui agira et c'est une autre qui viendra se prévaloir des effets de ce même acte ;

en dehors de toute considération pratique cette idée n'est-elle pas un peu contraire à la raison, qui ne comprend les effets d'un acte que s'ils se produisent dans la personne de celui qui le fait.

Le mandat n'est point pour cela interdit, mais c'est le mandataire seul qui peut agir, et c'est en lui seulement que se produiront les effets actifs ou passifs de l'acte, sauf à lui à retransférer à son mandant le bénéfice ou la charge de ce qu'il a obtenu, c'est bien dire qu'auparavant une cession du droit s'est opérée à son profit.

Les règles sont les mêmes qu'il s'agisse d'obligations ou de procès; le peu d'étendue du territoire romain, le petit nombre d'affaires suffisaient avec les raisons que nous venons de voir pour faire passer sur les difficultés qui pouvaient naître de cette impossibilité. Plus tard quand la puissance romaine s'accrut, de nombreuses exceptions autorisèrent l'usage de personnes agissant pour autrui, et quoique le principe de la non représentation se trouve encore cité dans un certain nombre de textes de cette époque, nous pouvons dire que les Romains étaient arrivés à une représentation presque parfaite.

Nous n'étudierons que ce qui a trait à la représentation en justice, en suivant ses développements successifs. Cette étude se divisera en trois Parties.

La première montrera ce qu'il en était de la représentation à l'époque des *legis actiones*; ses développements multiples sous la procédure formulaire; sous la troisième, à l'époque de la *cognitio extraordinaria*, nous verrons les dernières modifications qu'elle reçut sous les Empereurs.

CHAPITRE PREMIER

ÉPOQUE DES LEGIS ACTIONES

La règle est formelle. On observe très rigoureusement ce principe que chacun doit figurer en personne dans les procès, et agir soi-même : « *Nemo alieno nomine lege agere potest* (1) ». Un tiers ne peut de lui-même se présenter et faire valoir le droit d'un autre, mais bien plus il n'y a pas de mandat judiciaire, que ce soit un mandat avec représentation ou un mandat sans représentation.

Dans les contrats le mandat est possible, et il n'y a pas pour cela de représentation ; seulement le mandataire pourra et devra transférer au mandant les droits qu'il a acquis en son propre nom. Dans la *legis actio* non seulement il n'y a pas de représentation mais encore il n'y a pas de mandat possible, en ce sens que le mandataire ne pourra pas obtenir en son nom un jugement à son profit, sauf à en retransférer le bénéfice au mandant, de toute nécessité la partie intéressée devra figurer elle-même au procès. La représentation n'est guère possible avec une législation aussi sévère que celle contenue dans la loi des Douze Tables. Celui qui devait être le défendeur dans le procès

1. Ulpien. Digeste l. 123 pr. *De regulis juris*, livre 50. Titre 17. Gaius commentaire IV §. 2.

était obligé de comparaître en personne, s'il refusait, le demandeur était autorisé à prendre des témoins et à l'arrêter ; s'il prenait la fuite, la *manus injectio* était permise contre lui et tous les moyens étaient bons pour le trainer devant le magistrat. Cette sévérité était d'ailleurs en rapport avec ce qu'exigeait la procédure des *legis actiones*. Chaque partie, demandeur et défendeur, devait affirmer devant le magistrat que c'était elle qui possédait tel droit ou qu'elle avait accompli l'acte sur lequel on plaidait ; l'une par une affirmation l'autre par une négation. Quelle valeur auraient-elles pu avoir dans la bouche d'un tiers qui y était étranger ? En admettant même que cette rigueur naturelle n'eut pas existé, quelles paroles auraient pu prononcer le représentant en affirmant le droit de celui qu'il représente ? Malgré la force de son affirmation ou de sa négation, le magistrat sans le vouloir, aurait été amené dans bien des cas à donner raison à celui qui se présentait lui-même, le moindre doute eut été à son avantage.

Cette règle n'était cependant pas absolue, les Institutes de Justinien (1) signalent quatre exceptions.

1° La représentation est possible dans les actions *Pro populo*. Ce sont celles qui visent les intérêts du peuple. Comme il ne peut se défendre lui-même à raison de sa personnalité toute morale, chaque citoyen est fondé à le représenter : il en est de même pour certains délits, chacun est admis à en poursuivre la répression, notamment dans les délits de *albo corrupto*, de *apertis tabulis*, de

1. Livre IV. titre 10. pr.

sepulcro violato et dans quelques actions naissant d'interdits. Cependant les citoyens qui ont des liens de parenté avec la victime ou ont intérêt sérieux à poursuivre, intenteront de préférence l'action (1). Il est fort probable que cette exception fut à la longue étendue aux procès intéressant les autres catégories de personnes morales telles que cités, collèges de pontifes, etc. (2).

La deuxième exception en vertu de laquelle un tiers peut agir pour autrui vise les procès relatifs à la liberté. C'est un homme libre qui est réclamé comme esclave, ou c'est un esclave qui renie sa servitude, ou voudrait obtenir sa liberté. Or, il est interdit à l'esclave de figurer en justice même pour les questions qui l'intéressent. Celui qui jouit de sa liberté et qui malgré cet état de fait, est revendiqué comme esclave ne peut point non plus, se défendre lui-même, dans la crainte que si sa qualité d'esclave venait à être démontrée, il ne se soit trouvé avoir plaidé contre son maître.

La présence d'un tiers qui agit en son nom est nécessaire, c'est l'*Assertor Libertatis*, et c'est pourquoi dans les procès de liberté le *sacramentum* resta toujours fixé à cinquante as. Mais le prétendu esclave doit rester en liberté, jusqu'à l'issue du procès (3).

Le magistrat détermine à qui incombera le soin d'ap-

1. Ulpien, Digeste Loi 5, § 5, *de his qui effuderint vel dejecerint*, livre 9, tit. 3.

2. Gaius. Digeste, Loi 1 § 1, *quod cujuscumque universitatis*, livre 3. t. 4.

3. Ulpien, loi, 7, § 5. *de liberali causa*. Livre 40. T. 12

porter la preuve de la liberté ; c'est ce qui fut suivi à l'origine, mais plus tard on ne s'attache plus qu'à l'état de fait existant pour dire à qui incombait le fardeau de la preuve (1) et la faveur avec laquelle on considérerait ces contestations était telle que si le premier *assertor* ne pouvait continuer le procès, un autre pouvait reprendre l'instance au point où il l'avait laissée. « *Post susceptum liberale iudicium, si assertor causam deseruerit, in alium assertorem omne iudicium transferri placuit, in priorem vero quod prodendae libertatis gratia factum est extra ordinem vindicatur, non enim oportet susceptam status causam, nulla cogente necessitate, destitui.* » Paul. Sentences Livre 5, titre 1 § 5 de *liberali causa*. Justinien se montra encore plus bienveillant en autorisant les parents, ou ceux qui s'intéressaient à un esclave, à revendiquer sa liberté. Son consentement était inutile.

La troisième exception mentionnée aux Institutes est ainsi désignée : *Pro tutela*. Les interprètes doutent du cas qui serait visé. Certains se basant sur la paraphrase de Théophile disent qu'il faut supposer deux tuteurs se disputant une tutelle, et que celui qui succombait était regardé comme ayant agi *alieno nomine* ; ils citent en ce sens un argument tiré d'un passage de Modestin, rapporté au Digeste, loi.20 de *appellationibus et relationibus*, livre 49 tit. 1. ainsi conçu : « *Qui suspectum tutorem facit et qui de non recipienda tutela excusationem agita*¹, *alieno*

1. Dioclet. et Maxim. Const. 16. Code. de *liberali causa*. Livr. 7. T. 16.

nomine agere intelligendus est. » Malgré l'autorité qui s'attache à la paraphrase de Théophile, le passage sur lequel on se base ne peut être que l'œuvre d'un copiste maladroit, autrement, qui défendrait les intérêts du pupille, lorsqu'il ne peut encore prononcer les paroles nécessaires ? N'est-il pas naturel que ce soit celui que le magistrat ou le père de famille a désigné pour le guider (1) ? On ne peut dire que le tuteur qui soutient le procès comme tel plaide *suo nomine*, puisque les intérêts du pupille sont en jeu. Comment dire que celui qui réclamait la tutelle qu'il n'a pas eue, a plaidé au nom d'autrui, il a agi en son nom propre, sans se baser sur le droit du pupille : c'est tout le contraire de la représentation. Ce texte de Modestin se trouve d'ailleurs détruit par un autre texte d'Ulpien cité au Digeste loi 1 § 2 *de administratione et periculo tutorum et cur.* livre 26, t. 7. ainsi conçu : *Sufficit tutoribus ad plenam defensionem sive ipsi iudicium suscipiant*, etc. Si réellement l'idée prêtée par Théophile à Justinien était exacte, ce dernier ne se serait pas borné à une simple indication venant à la suite des autres, il aurait signalé dans d'autres termes ce cas de la tutelle ; or, il continue son énumération, c'est donc qu'il se place dans un cas identique à ceux qui viennent d'être indiqués et vise la représentation de personnes qui ne peuvent agir elles-mêmes.

Dans le but de donner une explication de l'opinion de Théophile, un savant auteur allemand admet que le tuteur

1. En ce sens Accarias. *Droit Romain*, 2. n° 930. Demangeat. *Dr. Rom.* 2 page 746. Keller, *des actions*, n° 54.

ne représentait pas son pupille en justice, et que, tant que le pupille était inhabile à prononcer les paroles nécessaires, le procès était ajourné. A l'appui de son opinion, M. Ihering (1) invoque ce qui se passait quand un pupille demandait la *bonorum possessio contra tabulas* ou la *bonorum possessio unde liberi* et qu'il y avait contestation sur son état. En vertu de l'Édit Carbonien, le magistrat pouvait surseoir à statuer sur la question d'État, jusqu'à l'époque de la puberté de l'enfant et lui accorder cependant la *bonorum possessio* (2). Cette idée nous semble difficile à admettre ; outre l'absence de textes, nous avons peine à croire que dans une législation qui n'accordait qu'une durée très restreinte pour l'exercice des droits, une quantité de procès pussent être ainsi ajournés ; les tiers en auraient été plus souvent les victimes. Le tuteur était le représentant officiel du pupille, c'est de la loi qu'il tenait son pouvoir, et il agissait en justice au nom de son pupille.

La dernière exception mentionnée aux Institutes est peu connue, elle fut l'objet d'une loi Hostilia dont la date même est incertaine. Elle permettait aux citoyens d'intenter l'action *furti* au nom de ceux qui étaient prisonniers chez l'ennemi, ou de ceux dont l'absence se justifiait par un service public, ou au nom de leurs pupilles, ajoute Théophile, nouvel argument en faveur d'une véritable représentation du pupille par son tuteur.

1. Ihering. *De l'Esprit du Droit Romain*, traduction Meulénære t. 2, page 204, en note.

2. Ulpien. Digeste. Loi 1. pr. de *Carboniano edicto*, livre 37. t. 10.

Ces quatre exceptions que cite Justinien sont insuffisantes, il y a lieu d'en ajouter deux autres. Une première nous est indiquée par Cicéron, disputant à *Quintus Cæcilius* le rôle d'accusateur de Verrès (1). C'est l'action *repetundarum pecuniarum* ou accusation de concussion ; des citoyens autres que les victimes peuvent l'intenter. Elle disparut le jour où l'action se transforma en *judicium publicum*.

La dernière exception se trouve dans l'hypothèse suivante. Un jugement a mis fin au procès, le demandeur qui l'a gagné, veut exécuter la sentence, le perdant s'y refuse. Il sera appelé à nouveau devant le magistrat, mais comme il n'a pas exécuté la première condamnation, l'accès de la justice lui sera interdit ; il devra se faire représenter par un *Vindex* qui sera responsable personnellement des suites de cette nouvelle instance, et qui sera condamné au double. C'est bien un représentant, il se borne à reproduire les arguments du premier procès, et à expliquer pourquoi le représenté n'a pas satisfait à la sentence du juge.

Nous ne sommes réduits qu'à des conjectures pour savoir comment le représentant notifiait sa présence à son adversaire, par quelles paroles il venait affirmer le droit de celui qu'il représentait. Cependant de ce qui se passait pour le *Vindex* on peut conclure avec certitude que le représentant devait donner caution d'assurer l'exécution de la sentence à intervenir, et très pro-

1. Cicéron. *in Cæcilio*, Chap. 4. 16. 20.

bablement s'il était demandeur, on exigeait de lui une caution que l'intéressé ratifierait ses actes, et qu'il n'était pas conduit par un esprit de mauvaise chicane. Dans tous les cas, lui seul (le représentant) était tenu des condamnations. L'intérêt public exigeait la garantie de tous les citoyens contre n'importe quelle accusation.

Bien que cette règle nécessitant la présence des plaideurs eux-mêmes fut très rigoureuse, la pratique n'avait pas tardé à tourner la difficulté. Les esclaves, il est vrai, ne pouvaient comme dans les contrats être utilisés, puisque la comparution en justice leur était interdite, mais celui qui ne pouvait agir lui-même transférait à un tiers le droit sur lequel le procès s'élevait, et, ce dernier par un contrat de fiducie s'engageait à le retransférer tel qu'il sortirait du procès.

Cet usage était fréquent parmi ceux que des voyages forçaient de s'absenter du territoire de Rome. Ce n'était cependant qu'un expédient, qui devint impraticable, quand à raison de l'extension croissante de la puissance romaine les citoyens étaient forcés de s'absenter longtemps, appelés par leurs fonctions militaires ou administratives. Des procès pouvaient naître pendant leur absence, et personne n'ayant le droit de les soutenir !

Aux inconvénients sérieux énumérés par les *Institutes* de Justinien, livre IV, Titre X, *pr. in fine*, venaient s'ajouter tous ceux que pouvait permettre une *usucapio* très rapide contre lesquels la victime n'avait pas encore l'*in integrum restitutio*.

Une réforme était nécessaire, elle fut autorisée par les

préteurs, quand les formes de procéder des *legis actiones* furent tombées à peu près en désuétude. Il faut avouer d'ailleurs que la procédure formulaire se prêtait bien mieux à la représentation. Malgré ce changement important, cette règle que « Nul ne peut agir en justice au nom d'autrui » fut encore en vigueur dans tous les procès qui avaient conservé les formes des *legis actiones*, et nous la retrouvons encore au Digeste, quoique le contraire fut devenu pour ainsi dire la règle générale.

CHAPITRE DEUXIÈME

ÉPOQUE FORMULAIRE

C'est le principe tout-à-fait opposé à celui que nous avons vu à l'époque des *legis actiones* qui règne en fait. *Usus autem procuratoris perquam necessarius est, ut qui rebus suis ipsi superesse vel nolunt vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri*, Ulpien l. 1 § 2 de *proc. et defens.* livre 3. tit. 3. Il est permis de se présenter en justice pour autrui, quoique l'ancienne règle soit toujours maintenue ; les exceptions sont devenues si nombreuses qu'on peut dire que son existence n'est plus que nominale. Le prêteur pensant que ses pouvoirs ne suffisaient pas pour abroger expressément une ancienne loi a déclaré dans son Édit qu'il autoriserait ceux qui seraient appelés en justice à ne pas paraître eux-mêmes ; aussi pour ne pas avoir l'air de détruire les anciennes règles, il a modifié la formule en insérant dans la *Condemnatio* le nom du représentant. De la sorte ce dernier peut être regardé comme soutenant une affaire qui le concerne personnellement puisque c'est à son profit ou contre lui que la condamnation sera rendue.

Il faut avouer également que cette procédure formulaire se prêtait très facilement à cette innovation. Il n'y a

plus de paroles solennelles ; c'est le magistrat qui, après avoir entendu les deux adversaires, détermine sur quoi le juge aura à se prononcer, et il est fort indifférent que ce soit l'intéressé lui-même ou un tiers qui vienne affirmer ou nier le rapport de droit que le juge n'a qu'à constater. Le représentant, qu'il agisse comme mandataire ou comme *negotiorum gestor*, fera sien le procès, sera assimilé à l'ancien *vindex* et considéré comme l'ayant droit ou obligé personnellement.

Nous verrons par quelles personnes la représentation devint possible, les modifications qu'elle fit subir aux formes ordinaires de la procédure, et les rapports qu'elle créait soit entre le représentant et le représenté soit entre eux et l'adversaire, et enfin les mesures que nécessita la sauvegarde des intérêts de celui qui comparaisait en personne.

SECTION PREMIÈRE.

Des diverses espèces de représentants judiciaires.

La première personne qui à cette époque fut autorisée à paraître en justice au nom d'autrui, fut le *cognitor*. La constitution de ce représentant n'était point possible selon le bon vouloir de celui qui intentait une action ou y défendait ; elle n'était permise que dans certains cas spéciaux. Cicéron affirme dans un de ses discours (1) qu'elle ne fut accordée qu'aux personnes ayant soixante ans

1. Cicéron, *ad Herennium*, 11, 13.

d'âge et malades. L'excuse de ne pas paraître en justice était toute trouvée, on ne se borna pas à cette exception, et plus tard une de ces deux causes suffit pour autoriser la constitution d'un *cognitor*; d'autant plus que Cicéron lui-même signale déjà une évolution sérieuse de la jurisprudence tendant à faciliter l'accès de la justice à des mandataires d'une autre sorte.

Quoiqu'il en soit, pendant longtemps le *cognitor* fut seul reconnu officiellement comme pouvant comparaître en justice au nom d'autrui, sa constitution se ressent des anciennes formes des *legis actiones*. Il faut aviser son adversaire de l'intention que l'on a de ne pas paraître soi-même en justice, et lui indiquer le *cognitor* choisi. Ce dernier peut se voir récuser par son futur adversaire, mais il faut donner les raisons qui l'empêchent d'accepter le débat dans ces conditions, et c'est le magistrat qui prononce. Les deux adversaires étant d'accord sur la personne du *cognitor* s'interpellent devant le magistrat et le *cognitor* présent, de la façon suivante : « *Quod ego a te fundum Cornelianum, peto*, dit le demandeur à l'action réelle, *in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do.* » Le défendeur dans une action personnelle : « *Quod tu mecum agere vis, in eam rem Publium Mævium cognitorem do.* » Cependant la solennité de ces paroles n'est point telle que toute modification emporte la nullité de la constitution du *cognitor*, « *non tamen sic putat certis verbis cognitorem dari debere, ut si quod fuisset adjectum vel detractum non valeat datio ut in legis actionibus.* Ulpien frag. Vatic. § 318 ». Dans les premiers temps le *cognitor* devait se

rendre aussi devant le magistrat et assister au prononcé des paroles, plus tard il en fut dispensé, mais il n'était considéré comme *cognitor* que s'il en avait accepté les fonctions, « *si susceperit officium* » ; on finit même par attacher si peu d'importance aux paroles prononcées que l'usage du grec devint permis : « *Etiam Græcis verbis cognitorem dari posse inter omnes constat*, Paul, frag. Vatic, § 319. La constitution du *cognitor*, cela va sans dire, ne peut comporter l'emploi d'aucune condition, elle est nécessairement pure et simple : « *sub conditione cognitor non recte datur, non magis quam mancipatur, aut acceptum vel expensum fertur, nec ad rem pertinet, a ea conditio sit inserta, quæ non expressa tacite inesse videatur*, Papinien, fr. Vat. § 329 ». Il est nommé *in jure*, en effet les mots, *peto, petis* prouvent que l'adversaire ne connaît encore la demande que d'une manière générale ; le nom du *cognitor* figure dans la formulé, or elle est toujours délivrée *in jure*. A l'appui de cette opinion qui, il est vrai, ne se trouve pas mentionnée dans Gaius, on peut citer la loi 7, au Code Théodosien, de *cognitoribus et procuratoribus*, livre 2, t. 12, dont l'interprétation porte ces mots : « *Cognitor est, cui sine mandato causam suam agendam præsens præsentis judice litigator injungit* ». Or, à cette époque le mot *judex* est l'équivalent de magistrat. Aucune objection n'ayant été formulée contre sa nomination, il est désormais chargé de la direction du procès.

La possibilité de se servir d'un *cognitor*, quand on ne pouvait soi-même paraître en justice était insuffisante.

Un procès pouvait surgir inopinément et personne pour le soutenir, aussi à la longue, des représentants bien différents des *cognitores*, furent autorisés à paraître en justice au nom d'autrui. Déjà on pouvait charger un tiers de l'administration de ses biens, cette institution fut transportée dans les procès, et on donna le nom de *procuratores ad litem* à ces représentants d'un nouveau genre.

Cicéron nous laisse voir que déjà le *procurator* avait commencé à soutenir des procès (1). Leur constitution était bien facile. Pas de paroles à prononcer devant le magistrat et en présence de l'adversaire. La volonté seule du *dominus* suffit pour le constituer, le *procurator* n'a même pas besoin de justifier le mandat qui l'autorise à agir. « *Procurator vero nullis certis verbis in litem constituitur*, dit Gaius, Com. IV, § 84, *sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur*.

« *Quin etiam sunt qui putant vel eum procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium, et caveat ratam rem dominum habiturum; igitur etsi non habeat mandatum agere tamen posse, quia sæpe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud judicem ostenditur* ». Il plaide à ses risques et périls, et c'est sur lui que retomberont toutes les conséquences du procès. Le représenté n'aura plus à figurer en justice, et c'est son représentant qui obtiendra le bénéfice ou supportera la charge de la condamnation.

1. Cicéron. *pro Roscio Comædo*, ch. 18. Les termes mêmes dont il se sert indiquent que ce *procurator* était encore d'un usage peu fréquent, et. *Pro Quintio*, 20.

Cette différence importante esquissée entre le *cognitor* et le *procurator* n'avait aucune raison d'être, les formes solennelles nécessaires pour constituer le *cognitor* ne servaient qu'à constater qu'il avait bien qualité pour agir ainsi, pourquoi dès lors ne pas assimiler à ce *cognitor* tout *procurator* dont la qualité ne laissait aucun doute et avec lequel l'adversaire ne refusait point de plaider. Ce fut sous Papinien que commença cette nouvelle évolution, et ce jurisconsulte ne négligea rien pour la faire aboutir. Déjà de son temps on reconnaît des *procuratores* de catégories différentes.

Le *procurator* peut être constitué par une déclaration solennelle devant le magistrat, qui en prend acte et la conserve dans ses archives, ou par un libelle adressé au prince, l'informant que Mœvius par exemple est chargé d'intenter en son nom telle action, ou même encore par une simple lettre qu'il adressera à son adversaire, et que le *procurator* n'aura qu'à représenter quand il se rendra devant le magistrat (1).

C'est le *procurator præsentis* ou *apud acta*, et comme nous dit Papinien fr. Vat. § 331, il est assimilé dès maintenant au *cognitor* : « *Quoniam præsentis procuratorem pro cognitore placuit haberi.* »

En opposition à ce *procurator præsentis* dont le mandat est certain, se trouve toute une catégorie de représentants que l'on désigne généralement sous le nom de *procuratores absentis*. C'est celui dont Gaius a déjà parlé et

1. Paul. Sentences, de *procuratoribus*, Liv. 4. tit. 3, § 1.

qui ne peut rapporter la preuve de son mandat, c'est le parent ou l'ami qui viennent défendre leur ami forcé de partir précipitamment sans avoir pu constituer de mandataire, et ne veulent pas laisser ses intérêts en souffrance ; ils font vis-à-vis de lui acte de *Negotiorum Gestor*.

Il était admis facilement s'il se présentait au procès comme défendeur, mais l'opinion générale lui refusait le droit de se présenter comme demandeur, *quoniam conveniendi eos iudicio facultatem non habuit, qui nullam actionem intendere potuit*, dit Julien l. 6. § 12 de *negotiis gestis*, liv. 3. t. 5. C'est la crainte des procès intentés sans raison qui avait motivé cette disposition, et cependant le motif n'est guère sérieux, sans doute le procès que le défendeur en personne suivait avec ce *negotiorum gestor* ne le libérait point de l'action appartenant au véritable intéressé, mais comme ce *negotiorum gestor* avant de le poursuivre devait lui fournir certaines garanties que nous verrons plus tard, s'il se trouvait poursuivi par le *dominus* qui n'avait point voulu ratifier, il avait soin de mettre en cause le *negotiorum gestor*, et trouvait par là le moyen de sortir indemne du procès, toute la condamnation retombant sur le *negotiorum gestor*.

Une exception fut cependant admise en faveur de ceux qui pouvaient justifier d'un intérêt sérieux à intenter une action, notamment en faveur d'un co-propriétaire (1).

Papinien fit exception à la règle générale et admit l'a-

1. Zimmern, *Des actions*, § 60.

vis de Gaius, mais il déclarait que celui qui aurait intenté des actions au nom d'autrui sans mandat était obligé de suivre tous les autres procès qui se présenteraient pendant son absence : « *Si procurator absentis aliquem actionem, absentis nomine inferre velit, cogendum cum adversus omnes absentem defendere*, dit-il frag. Vat. § 330. Une constitution de l'empereur Antonin (1) confirme cet usage en disant qu'on ne doit même pas accorder au *procurator* le droit d'agir, s'il ne promet pas de défendre l'absent dans toutes les actions qui l'intéresseront.

Cette promesse de défendre l'absent pendant toute la durée de son absence, ne suffisait point pour autoriser ce *negotiorum gestor* à suivre l'affaire, le magistrat avait le droit de s'assurer des raisons qui le faisaient agir et il était fondé à lui refuser l'accès de son tribunal pour cette affaire, s'il croyait que le *negotiorum gestor* obéissait à un mobile tout différent de celui de rendre service.

La facilité avec laquelle les *negotiorum gestores* pouvaient agir, la possibilité qui leur fut accordée dans les derniers temps de l'époque classique de s'exonérer des conséquences du procès en apportant la ratification de celui pour lequel ils avaient plaidé rendirent excessivement rare la présence d'un *cognitor* dont le mode de nomination n'avait point varié, et dès la fin de l'époque classique on ne distingue plus que le *procurator* dont le pouvoir est certain, et celui qui ne peut justifier d'une procuration en règle et se présente dans le seul but de rendre service.

1 Const. 5, Code de *procuratoribus*, livre 2, T. 13.

Justinien supprime tout à fait le *cognitor*, dont il ne laisse même pas le nom, et ne reconnaît plus que deux catégories de représentants : le *Procurator* et le *Negotiorum Gestor* (1). Ce qui fit que l'idée de la représentation en justice arriva à un développement si grand, c'est que les Romains ne se contentèrent pas de la faire servir au remplacement d'un absent, mais lui donnèrent une utilité plus pratique encore, en la faisant servir à réaliser la cession de créance. Autrefois cette cession de créance s'exécutait par voie de stipulation et nécessitait la présence de trois personnes, du créancier primitif, du débiteur et du tiers qui allait s'engager à nouveau à la place du premier débiteur, procédé peu pratique comme on le voit. Au lieu de cela le débiteur disait à son créancier. Poursuivez Tertius mon débiteur, et vous n'aurez pas à me rendre compte de ce que vous retirerez du procès, il a obtenu ainsi le bénéfice de la créance de son débiteur ; c'est la *procuratio in rem suam*. Nous ne nous occuperons point dans cette étude de la *procuratio in rem suam*, car au fond ce *procurator* agit dans son propre intérêt, et poursuit un but tout différent de celui qui guide le *cognitor* où le *procurator litis causa*, qui, eux n'agissent que pour autrui.

Nous avons déjà vu que sous l'ancienne procédure des *legis actiones*, les tuteurs et les curateurs représentaient

1. C'est pour cela que dans tous les fragments des jurisconsultes insérés au Digeste, il a remplacé le nom de *Cognitor* par celui de *Procurator*.

leurs pupilles en justice. Il en est de même sous le système formulaire. Mais le tuteur qui autrefois ne devait agir lui-même que si son pupille ne pouvait sérieusement suivre le procès est autorisé à le représenter directement pendant toute la durée de sa minorité. Ils ne peuvent être assimilés à des *Cognitores*, car leur mandat ne leur est pas donné devant le magistrat en termes solennels par l'intéressé lui-même, on les assimile donc aux *procuratores*, et on va jusqu'à examiner si leurs pouvoirs sont bien réguliers.

C'était peut-être plus logique, mais il faut avouer que la nomination par testament ou par le magistrat était bien autrement sérieuse que les formalités qui constituaient le *cognitor*. Aucun doute cependant n'étant possible sur leur constitution, ils bénéficièrent assez rapidement des prérogatives accordées aux *procuratores apud acta*. Déjà, comme nous le verrons par la suite, et du temps de Gaius, ils sont dispensés de fournir caution, et quoique la condamnation soit prononcée contre eux, c'est contre leur pupille que sont données toutes les actions qui permettent de l'exécuter; des tuteurs, ces dispenses passèrent à ceux dont le *munus* est certain comme les *actores municipum*.

Malgré la facilité avec laquelle la représentation finit par être admise, il ne faudrait pas croire qu'elle fut accessible à tous. Outre le droit que le préteur s'était réservé de contrôler le représentant dans chaque affaire, il avait établi des règles générales interdisant toute représentation de la part de certains, ou ne l'accordant à d'autres que dans quelques cas.

Il va sans dire qu'elle est absolument interdite aux *pueri*, ils ne peuvent plaider seuls pour les affaires qui les concernent, comment pourraient ils représenter les autres (1)? Des motifs tirés du service public interdisent toute représentation aux militaires, il en est de même des sourds et des muets, et cela est parfaitement conforme à cette législation qui peu à peu arriva à les assimiler aux *mente capti* et les mit en curatelle ; les aveugles ne peuvent aussi se présenter pour autrui, mais la raison que donne Ulpien à l'appui de cette prohibition, Digeste, loi 1. § 5 *de postulando* liv. 3. t. 1. « *videlicet quod insignia magistratus videre et reveri non possit* », n'est guère sérieuse et existe avec autant de force quand l'aveugle se présentait dans un procès personnel.

Nous savons que les esclaves ne peuvent dans aucun cas figurer en justice, le fils de famille le peut, il a droit même à constituer un *procurator* pour les causes qui intéressent son pécule *castrense* (2). Les femmes qui ont droit de se présenter en justice pour les affaires les concernant, ne peuvent être choisies comme *procuratores*; la *procuratio ad litem* entraînerait pour la femme certaines obligations, or, le sénatusconsulte Velleien lui interdit toute obligation pour autrui; on assimila cette *procuratio ad litem* à un *officium virile* dont la femme doit s'abstenir, en outre il serait contraire au caractère de la femme d'aller se mêler aux luttes que font naître les procès et dans

1. Ulpien. Digeste loi. 1, § 3 *de postulando*, livre 3, t. 1.

2. Ulpien. Digeste. loi. 8 pr. *de proc.*

lesquelles elle ne peut que perdre la dignité et la réserve qui conviennent à son sexe (1).

D'autres personnes ne peuvent point représenter en justice ou ne peuvent se présenter que pour certaines causes seulement, ce sont les infâmes. La distinction repose uniquement sur le fait qui leur a donné ce caractère. Il est bien entendu que ce droit d'agir pour autrui sera refusé à tous ceux qui ont été condamnés pour un crime capital, aux calomniateurs publics ou à ceux qui descendent dans l'arène pour combattre les bêtes. Au contraire tous les autres infâmes et tous ceux auxquels la représentation a été interdite par une loi, un sénatusconsulte ou autrement ne peuvent représenter que leurs proches parents (2). On finit cependant par attacher peu d'importance à ces dernières prohibitions, et Justinien en constatant le peu de résultats qu'elles donnent en pratique les supprime tout-à-fait (3). Une exception fut cependant apportée dès le droit classique en ce qui concerne l'*assertio libertatis*. On voit avec tant de faveur la revendication de la liberté que toutes ces prohibitions sont écartées dans ces instances. « *Ob turpitudinem et famositatem prohibentur quidam cognituram suscipere, adsertionem non, nisi suspecti prætori, frag. Vatic. § 324.* »

1. Ulpien. Digeste, loi 1, § 3, 4, 5, *de postulando*, livre 3, T. 1. et pour les infâmes, § 6. Paul. *Sentences*, Livre 1, tit. 2, § 4, *de cognitoribus*.

2. Ulpien. Digeste, loi 1, § 8, § 11. *eod. titulo*.

3. Justinien *Institutes*, liv. IV, titre 13, § 11.

Les empereurs étendirent encore ces prohibitions en défendant de se faire représenter par des *potentiores* qui auraient pu par l'importance de leur situation opprimer leurs adversaires. Ces prohibitions sont d'ordre public, et le consentement de l'adversaire ne saurait les couvrir, « *quos prohibet prætor apud se postulare, omnimodo prohibet, etiam si adversarius eos patiatur postulare*, Gaius Digeste loi 7 de *postulando eod. titulo* ». Si le représentant est demandeur et que son adversaire oppose qu'il ne peut le représenter parce qu'il est incapable ou qu'il a été constitué par un incapable, il en saisira le magistrat, et refusera d'engager le débat. Le magistrat peut trancher de suite l'objection soulevée. Si certains doutes l'empêchent de statuer à cet égard, il insère dans la formule l'exception *cognitoria* ou *procuratoria*. Le juge devra statuer sur cette exception avant d'examiner le fond du litige. Le magistrat pourrait même d'office la proposer. Si l'exception n'a pas été proposée avant la *litis contestatio*, la nullité est couverte et la représentation sera parfaitement valable (1).

SECTION DEUXIÈME

Modifications apportées à la rédaction de la formule.

En demandant au magistrat la délivrance de la formule sur laquelle le juge aurait plus tard à se prononcer le re-

1. Ulpien. Digeste loi 8, § 2. *De proc. et Defens. eod. tit.* Accarias, *op. cit.* 2, n° 932.

présentant devait faire une attention extrême à bien faire mettre en relief le droit de celui pour lequel il agissait.

C'était l'instant d'où dépendait le sort du procès, toute erreur, toute omission si minimes qu'elles fussent pouvaient entraîner un mauvais résultat. Le représentant devait veiller avec grand soin à ce que le nom du représenté figurât dans l'*intentio*. Son nom seul pouvait y figurer, car le but cherché était de fixer dans cette partie de la formule le sujet du rapport de droit contesté, de déterminer entre quelles personnes s'était créé le droit de créance ou d'obligation. Or, c'est toujours le représenté qui conserve la qualité de propriétaire ou de créancier, aucune cession n'est intervenue, son nom seul doit donc paraître alors que se détermine le rapport de droit sur lequel tout le procès repose. Dans la *condemnatio*, au contraire, ce sera le nom du représentant, et dans les premiers temps il fut le seul à bénéficier ou à être victime des condamnations qui pouvaient être prononcées. La raison en est simple. Un contrat se forme entre les deux plaideurs par la *litis contestatio* ; et le représentant y figure seul à l'exclusion du représenté, et comme c'est à ce moment que le juge devra se reporter pour prononcer sa sentence, il était impossible de lui permettre de condamner ou d'absoudre une personne qui n'avait pas figuré à la formation du contrat judiciaire. C'était la combinaison trouvée pour sauvegarder l'ancienne règle : « *nemo alieno nomine lege agere potest* ». Les anciens principes étaient saufs, le représentant figurait justement au procès, et l'objection de prin-

cipe qui se dressait devant la représentation avait disparu.

Ainsi prise dans son ensemble, la formule signifie que la condamnation dépend du droit ou de l'obligation du représenté, mais qu'elle sera prononcée à la charge ou en faveur du représentant (1) « *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit*, Gaius, C. 4 § 86,

La formule sera ainsi conçue. Le représentant est demandeur, et il s'agit d'une action personnelle. » *Si paret Numerium Negidium Publio Mævio* (représenté) *sestertium decem millia dare oportere, judex, Numerium Negidium Lucio Titio* (représentant) *sestertium decem millia condemna; si non paret, absolve* ». Il en était de même pour une action personnelle où le défendeur agissait par représentant, et si demandeur et défendeur avaient également présenté chacun un *cognitor*, l'*intentio* posait en question la dette de *Numerius Negidius* envers *Aulus Agerius* et la *condemnatio* autorisait le juge à condamner *Caius Cornelius*, *cognitor* du défendeur envers *Lucius Titius*, *cognitor* du demandeur. Dans une action réelle où le défendeur était représenté, la formule était ainsi conçue : « *Si paret Hominem Stichum, quo de agitur, ex jure Quiritium Auli Agerii esse, neque is homo Aulo Agerio arbitrati tuo restituetur, Judex quanti ea res erit Caium Cornelium* (représentant) *Aulo Agerio condemna; si non paret absolve*. » Dans les actions réelles le nom du défendeur ne peut pas

1. Accarias. *Droit Romain*. Tome 2. n. 933.

figurer dans l'*intentio*, car le demandeur n'est pas seulement propriétaire vis à vis de lui, mais il l'est à l'égard de tous. (1)

Cette modification dans la formule fut empruntée à celle de l'action Rutilienne. Il faut supposer qu'une personne a été condamnée et qu'elle refuse d'exécuter la sentence. D'après la loi des Douze Tables, le créancier pouvait se saisir de son débiteur et le tenir comme esclave jusqu'à ce qu'il eut satisfait à la condamnation, il pouvait même à l'origine lui ôter la vie. Un certain P. Rutilius trouvant ce procédé trop barbare défendit d'emprisonner la personne du débiteur et autorisa la vente en bloc de ses biens.

L'acquéreur de tout ce patrimoine dans lequel figuraient des créances, droits réels, etc., pouvait pour les recouvrer ou obtenir en son nom une action fictice dans laquelle il était considéré comme héritier, et agissait en son nom propre ; c'était l'action Serviana. Il pouvait au contraire d'après le nouvel édit du préteur Rutilius agir au nom de celui dont les biens étaient vendus, le nom de ce dernier figurant dans l'*Intentio* comme propriétaire ou créancier du droit exercé et celui du *bonorum emptor* n'était placé que dans la *condemnatio* (2). C'est cette modification apportée dans l'exécution des condamnations qui permit de modifier ainsi la formule quand un représentant agissait pour autrui, généralisant par là même l'usage de plaider *extranea persona*.

1. Gaius. C. 4 § 86 et 87.

2. Gaius. C. 4, § 35.

Il en était de même dans les actions *adjectitiæ qualitatis* données contre l'*exercitor* ou le *dominus*. Ce n'était point avec eux que le rapport de droit était formé, leur nom ne figurait pas dans l'*intentio*, mais comme en définitive à eux seuls appartenait le profit né de l'opération, il était juste qu'ils fussent tenus de préférence à celui qu'ils avaient indiqué au tiers, et c'était leur nom qui figurait dans la *condemnatio* et non celui du *magister navis* ou de l'esclave préposé. La *demonstratio* ne nommait que le représenté, puisqu'elle indiquait l'objet du *judicium*, « *quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium deposuit.* »

L'adjudication au contraire verra figurer le nom du représentant. Elle n'existe que dans trois actions, les actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo*, *finium regundorum*, qui présentent la particularité suivante, que le juge a le pouvoir d'attribuer à l'un des plaideurs la propriété de la chose, objet du litige. Certains ont prétendu que l'adjudication ne pourrait mentionner que le nom de l'intéressé, du *dominus*, autrement ce dernier n'étant pas censé figurer au procès, aucune attribution de propriété ne pouvait se faire soit en sa faveur, soit contre lui. Il est difficile d'admettre cette opinion à raison de la connexité qui existe entre l'*adjudicatio* et la *condemnatio* dans ces trois actions. Cette dernière en effet tend à atténuer l'injustice que l'*adjudicatio* peut présenter, en condamnant le bénéficiaire acquéreur à payer au perdant une certaine somme destinée à compenser la valeur de ce qu'il perd ; dès lors ces deux parties de la formule doivent former un tout, et l'on compren-

draît difficilement que la condamnation qui ne peut indiquer que le nom du représentant, mentionnât un nom autre que celui indiqué dans l'adjudication. C'est du moins ce qui fut admis dans le dernier état du droit classique, car à l'origine le représentant ne pouvait figurer dans l'adjudication, qui supposait que toutes les parties en cause étaient propriétaires de la chose (1).

SECTION TROISIÈME

Des effets de la représentation

Le représentant en acceptant le *judicium* avec son adversaire, en devenant personne active à la *litis contestatio* a transformé le droit sur lequel le procès va se dérouler. D'une *res aliena* il en a fait une *res propria*. C'est lui qui dorénavant va s'occuper du procès à l'exclusion de tout autre, il est le *dominus litis*. Le représenté ne peut plus rien contre lui, il doit le laisser agir à sa guise sans avoir même le pouvoir de lui retirer sa représentation. Le contrat a été formé avec son adversaire, il faut l'exécuter. C'est une dérogation au contrat de mandat due au contrat plus récent créé par la *litis contestatio*.

Quoique ce contrat de mandat soit surtout personnel et formé souvent en raison des aptitudes du *cognitor* ou du *procurator*, la mort du représentant n'y changera rien la direction du procès ne reviendra pas au seul intéressé,

1. Argument Digeste, loi 17 de *usurp. et usuc.* livre 48. t. 3.

mais sera conservée aux héritiers du représentant, même s'ils étaient mineurs. Le *cognitor* leur transmet ce droit comme tous ceux qui composent son patrimoine. Cette manière de voir est confirmée par une constitution de l'Empereur Julien insérée au Code Théodosien (1), qui indique cette transmissibilité de la représentation à ses héritiers comme admise par les jurisconsultes de l'époque classique. Cependant près d'un siècle plus tard s'opéra un retour aux véritables principes, et une autre Constitution insérée au même titre reconnaît que les héritiers n'ont d'autre droit sur l'action confiée au *de cuius* que celui de se faire rembourser les dépenses qu'il aurait effectuées (Constitution 7). Le *cognitor* lui-même est déchu de la faculté de se substituer quelqu'un, il doit attendre le prononcé de la sentence, ce n'est qu'au cas où il formerait appel qu'un autre représentant pourrait le remplacer. « Si *procurator qui iudicio interfuit, victussit, an ipse quoque per procuratorem appellare possit, videamus : quia cons-tat procuratorem alium procuratorem facere non posse ? Sed meminisse oportet quod procurator lite contestata do-minus litis efficitur et ideo et per procuratorem appellare potest*, Macer, Dig, loi 4, § 5 de *appellationibus et relat.* livre 49, T. 1 ». Cependant mu par une raison d'équité, le préteur déclara dans son édit que selon les circonstances il

1. Cons. 1. Cod Théod. de *cognit. et proc.* l. 2, T. 12. *Nulla dubitatio est, post causam in iudicio publicatam, utpote, dominum litis procuratorem effectum, etiam post excessum ejus, qui defensionem mandaverat, posse inchoatam litem iurgiumque finire; quippe cum et procuratorem posse eum instituere et ad heredes suos inchoata transmittere, veteres juris voluerunt conditores.*

autoriserait une substitution du mandataire ou donnerait au véritable intéressé le droit de se présenter lui-même. « *Verba edicti talia sunt : « Et qui cognitorem dedit, causa cognita, permittam judicium transferre »* frag. Vat. § 341 (1) Constantin posa en principe cette règle qui n'était encore qu'exceptionnelle et indiqua un certain nombre de cas où le *procurator* pouvait après la *litis contestatio* n'avoir plus à s'occuper de l'affaire. Une maladie grave, des causes de dissentiment avec le *dominus*, et d'autres raisons laissées à l'appréciation du magistrat autorisaient une translation *judicis* et rendaient au représenté sa liberté absolue. « *Procuratoribus institutis, et post contestatam litem dominis effectis, hi qui mandaverant, non habeant facultatem ne-gotia persequendi, nisi capitales inimiciæ, vel morbus, vel alia necessaria causa intercesserit; tunc enim etiam invitis his transferri lis potest.* Const. 22. de proc. l. 2. T. 13 au Code. et voir Const. 23 eod ». Le magistrat n'avait qu'à modifier la *Condemnatio* par la substitution du nom de la partie qui faisait sien le procès au nom de celle qui disparaissait, modification importante pour les cautions qui n'étaient plus tenues, si le représentant se faisait remplacer par l'intéressé. Malgré ces dispositions équitables, le changement de mandataire était purement exceptionnel.

Au contraire avant la *litis contestatio*, le *dominus* n'étant pas encore véritablement dessaisi de l'affaire avait tous

1. Ulpien. Dig. l. 17, pr. de proc. et defens. cod. tit.

les droits attribués généralement au mandant, notamment le droit de révocation, cependant celle du *cognitor* n'était pas possible à raison de la publicité donnée à son choix et de l'acceptation faite par l'adversaire. Ces diverses questions ne se posent pas si c'est un gérant d'affaires qui se présente pour autrui, le véritable *dominus* n'étant pas obligé par les actes de ce *negotiorum gestor* n'a pas à lui défendre de paraître en justice, il en serait autrement s'il avait promis de ratifier.

Tout en faisant sien le procès qu'il soutient pour autrui, c'est comme si le *dominus* se présentait lui-même ; le *cognitor* ne peut que se baser sur le droit de son mandant, ou se prévaloir des exceptions qui sont nées en sa personne, aussi quand la formule aura été délivrée et la *litis contestatio* effectuée, le droit a été déduit *in iudicium*, et personne pas même le mandant ne pourrait revenir sur l'affaire et intenter une nouvelle action ; l'exception *rei in iudicium deductæ* ou *rei judicatæ*, paralyserait toute demande identique. « *Licet verum procuratorem in iudicio rem deducere verissimum est* (1). Il en est différemment, si c'est un *procurator* qui se présente, au moins dans les premiers temps de l'époque classique. Le *dominus* n'est point réputé agir lui-même, rien ne s'oppose à ce qu'il intente à nouveau la même action, le droit n'a pas été déduit *in iudicium*. Cette différence tient à ce qu'il n'a point constitué son *procurator* avec des formes solennelles ; le mandat n'est point certain il ne peut donc

1. Ulpien. Digest loi 56 *de judiciis*, liv. 5. tit 1.

être obligé malgré lui, cependant, ainsi que nous le verrons prochainement, les tiers n'étaient point sacrifiés, et si le *dominus* se fut avisé de recommencer l'action, à défaut de l'exception de dol ou de celle *rei judicatæ* une action *ex stipulatu intentée* contre le *procurator* et ses fidéjusseurs amènerait forcément le *dominus* à se désister de son instance.

Ce procédé était rempli d'inconvénients, et cette distinction entre le *cognitor* et le *procurator* n'avait plus de raison, quand, ainsi qu'on l'a vu, le *procurator* se trouvait par le mandat reçu assimilé en fait au *cognitor*; aussi dans les derniers temps de l'époque classique l'exception *rei in judicium deductæ* ou celle *rei judicatæ* serait victorieusement opposée.

Mais jamais on n'admit que le *negotiorum gestor* put déduire en justice le droit de celui qu'il représentait (1).

De même que le *dominus*, véritable intéressé ne pouvait recommencer un procès perdu par son *cognitor* ou son *procurator*, de même il lui était parfaitement loisible de se prévaloir du rejet de la demande de son adversaire. Les deux exceptions que nous venons de mentionner et l'exception de dol étaient aussi bien accordées en sa faveur que contre lui, c'est ce qui explique ce fragment de Pomponius, inséré au Digeste, loi 23 de *solut. et Liber.* liv. 46, T. 3, ainsi conçu. « *Solutione vel judicium pronobis accipiendo, et inviti et ignorantes liberari possumus* ». L'instance soutenue en notre nom peut nous libérer mal-

1. Gaius, C. IV, § 98.

gré nous et tout en l'ignorant aussi bien qu'un paiement.

On ne se contenta point de ces progrès et l'on arriva à reconnaître qu'une simple ratification donnée aux actes du *procurator* conduirait au même résultat ; un *falsus procurator* pouvait agir et transporter au véritable intéressé tous les droits qu'il avait acquis ; moyen ingénieux de prendre pour soi les avantages d'un procès sans en supporter les risques.

Les tuteurs et les curateurs furent également sur ce point assimilés aux *procuratores*. A l'origine le droit n'était pas déduit *in judicium*, le pupille aurait pu recommencer le procès perdu par le tuteur ; mais comme l'adversaire aurait recouru contre le tuteur, qui lui-même en vertu de l'action *tutelæ contraria* aurait mis en cause le pupille, ce dernier se serait bien gardé d'intenter un nouveau procès. Plus tard dans les actions qu'ils ont suivies, le droit a été déduit en justice et l'effet en est opposable au pupille, comme ce dernier pourra également se prévaloir des avantages que présentera cette déduction du droit au préjudice de son adversaire (1).

Le nom seul du représentant, *cognitor* ou *procurator* figure dans la *condemnatio*, c'est donc en sa faveur ou contre lui seulement qu'elle sera prononcée. Toute condamnation contre le *dominus* est nulle, le magistrat doit à nouveau connaître de l'affaire, c'est ce que l'on voit au Code, Const. 1, livr. 7, t. 45. « *Non videtur nobis rationem*

1. Ulpianus. Digeste. loi 11, § 7. de *exceptione rei judicatæ*, livre 44. t. 2.

« *habere sententia decessoris tui : qui cum cognovisset inter*
« *petitorem et procuratorem, non procuratorem, sed ipsam*
« *dominam litis condemnavit, cujus persona in judicio*
« *non fuit. Potes igitur, ut re integra de causa cognos-*
« *cere.* » Pour cette raison c'est contre lui seul que l'action *judicati* sera donnée, et il sera le seul à pouvoir s'en prévaloir. Ce sont du moins les règles primitives, mais le *cognitor* en est affranchi de bonne heure et le prêteur déclara dans son édit qu'il donnerait toujours cette action contre le *dominus* et non contre le *cognitor* : *cognitore enim interveniente, judicati actio domino vel in dominum datur*, f. 317, f. vat. Pourquoi en effet l'adversaire se trouverait-il dans une situation toute différente de celle qu'il a prévue au contrat, pourquoi notamment lui accorder une garantie plus grande, le prêteur fait acte de justice en les laissant dans le même état : le bénéfice de la condamnation prononcée au profit du *cognitor* est également accordé au *dominus*.

Le *procurator* ne vit pas tout d'abord s'opérer à son profit cette translation d'actions, il resta longtemps tenu personnellement des conséquences de l'action *judicati* : « *Interveniente procuratore judicati actio ex edicto perpetuo ipsi et in ipsum non domino vel in dominum competit* f. 317 « *in fine*, f. Vat. (1) ». Heureusement pour lui qu'un moyen pratique se présentait pour s'exonérer des conséquences que la représentation pouvait avoir pour lui. Lorsque le

1. En ce sens fr. Vat. § 332.

bénéficiaire de la condamnation voulait l'exécuter et s'adressait au représentant, ce dernier en vertu d'une action *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria* assignait immédiatement le *dominus* en remboursement d'avances faites, le juge joignait pour ainsi dire les causes, et autorisait le *procurator* à se retourner contre le *dominus* et à lui demander le montant de la condamnation qu'il avait encourue. Malgré cette ressource, notamment si le *dominus* était insolvable il y avait une inégalité choquante entre le *cognitor* et tout au moins le *procurator præsens*. De plus pour quelle raison forcer le *procurator* à intenter lui-même l'action contre le *dominus*. Le mandat était aussi certain dans les deux hypothèses, et les conséquences étaient différentes. Le préteur y remédia par le moyen suivant : à l'instar de ce qu'il avait déjà décidé par la création de l'*actio institoria*, action donnée contre celui qui avait placé l'*institor* à la tête de son commerce, pour qu'il fut tenu des diverses dépenses nées à raison de ce commerce, le préteur déclara dans son édit que par la voie d'une action utile, le *dominus* serait tenu personnellement des condamnations prononcées contre le *procurator*, ou pourrait se prévaloir de celles qu'il avait obtenues. Le préteur ne procédait que *cognita causa* et il s'y prenait ainsi. Le gagnant venait-il lui demander l'autorisation d'exécuter la sentence obtenue contre le *procurator*, le magistrat vérifiait en vertu de quel pouvoir il s'était présenté, ou si ses actes avaient été ratifiés. Le pouvoir était-il certain, ou la ratification avait-elle été obtenue, il accordait au *dominus* ou contre lui l'action *judicati* et en libérait le représentant, à défaut.

il la maintenait contre le *procurator* (1). Ce dernier n'était cependant point désarmé, il était toujours entendu par le magistrat avant la délivrance de la formule de l'action *judicati*, notamment si le *dominus* demandait au prêteur la délivrance en son nom de l'action *judicati* pour exécuter la condamnation prononcée à son profit, ce *procurator* pouvait intervenir au débat, au cas où il aurait fait un certain nombre d'avances à raison de son mandat ou de sa gestion d'affaires, il exposait la situation au prêteur qui ordonnait au *dominus* d'indemniser légitimement son *procurator*, et lui refusait l'action *judicati* s'il ne satisfaisait point à cette demande.

On alla même plus loin et le *dominus* fut autorisé à réclamer par voie d'action utile le bénéfice de la caution promise à son *procurator*. « *Si procuratori presentis cautum fuit, ex stipulatu actionem utilem domino competere nemo ambigit. L. 79, de verb. obl., liv. 45, t. I* ». Si « *procurator meus judicatum solvi satis acceperit, mihi ex stipulatu actio utilis est, sicuti judicati actio mihi indigetur, l. 28, de proc. 3. 3. In omnibus prætoriiis stipulationibus hoc servandum est ut si procurator meus stipuletur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competit, l. 5, de stip. præd., liv. 46, t. 5.* »

Les tuteurs et les curateurs habitués à être traités comme des *procuratores* ordinaires ne furent pas exemptés des dangers de l'action *judicati*, ce ne fut que plus

1. M. Labbé. Appendice aux Institutes d'Ortolan. Livre 2, page 881 et suivantes, de la représentation.

tard qu'on les autorisa à se prévaloir de la réforme dont les *procuratores* bénéficiaient déjà depuis quelque temps: dans cette voie on créa pour eux une exception encore plus grande. L'action *judicati* était donnée contre le pupille dès que l'exécution était demandée, contrairement à l'usage que le tuteur ne transmettait qu'à la fin de la tutelle, les actions obtenues au nom de son pupille ou rendues contre lui. Le moindre doute dans le mandat du tuteur lui enlevait le bénéfice de la translation d'actions, l'intérêt des tiers à n'être point trompés primant tout.

« *Tutori qui infantem defendit succurritur, ut in pupillum judicati actio detur*, loi 7, *quando ex fact. tut.* l. 26, t. 9. Loi 5 et 6, *eod. tit.*, loi 6, § 3, *quod cuj. univ.* l. 3, t. 4.

SECTION QUATRIÈME

Des garanties accordées à l'adversaire du représenté.

Les dangers qui attendent celui qui soutiendra lui-même son procès contre un *procurator* sont graves. Le représentant est défendeur, sera-t-il assez solvable pour satisfaire à la condamnation qui peut intervenir, alors que le demandeur ayant déduit son droit *in judicium* ne pourra plus intenter l'action contre le *verus Dominus*? Tout au moins le maître voudra-t-il ratifier l'instance perdue par son représentant, alors qu'il sait que le demandeur ne peut plus le poursuivre? Le représentant est

demandeur, et le défendeur a gagné son procès. Le *dominus* n'a pas perdu son droit, il peut être tenté de recommencer à nouveau l'instance et risquer une deuxième fois les chances d'un procès. Telles sont les questions que se posera certainement celui qui dirige lui-même son procès. Le danger était d'autant plus grand, que pendant longtemps les exceptions *rei in iudicium deductæ* et *rei iudicatæ* étaient inconnus et même quand le préteur les accorda, c'étaient toujours les ennuis, les frais d'un procès.

Pour combattre ces inconvénients assez sérieux, les préteurs ont imaginé de n'accorder aux représentants le droit d'agir pour autrui que s'ils fournissaient certaines sûretés. Le défendeur exigera du représentant demandeur la *cautio rem ratam habiturum*, le demandeur exigera du représentant défendeur la *cautio iudicatum solvi*.

La caution *rem ratam habiturum* ou *de Rato* n'est due que si le demandeur agit au nom d'autrui, il est donc nécessaire de mettre le défendeur à l'abri d'une nouvelle action que le *verus dominus* pourrait intenter, aussi le défendeur aura le droit de se refuser à plaider tant que le représentant ne lui aura pas fourni la caution que le maître ratifiera la sentence à intervenir. Le *cognitor* cependant ne la doit pas ; la raison en est connue ; il a été constitué devant le magistrat par le maître lui-même en présence de l'adversaire qui l'a accepté, c'est donc comme si le maître plaidait. Le *procurator* quel qu'il soit sera tenu de la fournir, son action ne détruit pas celle du maître qui reste libre de l'intenter quand il le voudra, le

fait d'un tiers est en effet insuffisant pour nous engager.

« *Procurator vero si agat satisfacere jubetur ratam rem dominum habiturum : periculum enim est ne iterum dominus de eadem re experiatur : quod periculum (non) intervenit, si per cognitorem actum fuit, quia de qua re quisque per cognitorem egerit, de ea non magis amplius actionem habet quam si ipse egerit.* » Gaius C. IV. § 98 et frag. Val. § 317. Il en fut de même des tuteurs et des curateurs, et du *negotiorum gestor* dans les cas où on l'autorisait à agir ; les raisons sont les mêmes.

Ce fut le droit primitif, mais quand des distinctions s'établirent entre les *procuratores*, les mêmes distinctions se firent pour ceux qui devaient donner caution. Le *procurator praesentis* que l'on assimilait au *cognitor* en fut dispensé. Modestin nous dit que pour relever son *procurator* de cette obligation une simple lettre adressée à l'adversaire suffira. Ce sera le *dominus* qui alors s'engagera à regarder comme faits par lui-même les actes de son *procurator* ; « *Si procuratorem*, dit Modestin Dig. I. 65. *de proc. et def. liv. 3 T. 3, absentem dominus satisfactione relevare velit, litteras suas ad adversarium dirigere debet quibus significet quem adversus eum procuratorem et in qua causa fecerit ratumque se habiturum quodcum eo actum sit* ». Mais le *procurator absentis* dut toujours la fournir. Papinien en donne une excellente raison : « *Absentis procuratorem satisfacere debere de rato habendo recte responsum est : multis enim casibus ignorantibus nobis mandatum solvi potest, vel morte, vel revocato mandato. Cum autem certum est mandatum perseverare, id est cum*

« *præsens est dominus, satisfationis necessitas cessat.* frag.
« Vat. § 333. »

Des *procuratores* la dispense passa facilement aux tuteurs et aux curateurs, à ceux dont les fonctions ne laissaient aucun doute : « *Tutores et curatores eo modo quo et procuratores satisfacere debere verba edicti faciunt, sed aliquando illis satisfactio remittitur* » Gaïus C. IV, § 99 (1). A ce moment d'ailleurs le défendeur qui aurait été poursuivi à nouveau par le *dominus* lui aurait opposé avec succès la *litis contestatio* faite avec son représentant. En un mot la satisfactio sera due seulement quand le mandataire n'aura point consommé le droit du mandant.

Cette garantie donnée par le représentant est une stipulation prétorienne accompagnée de satisfactions. Le défendeur stipule du représentant demandeur : 1° que lui, son mandant ou ses héritiers et ayant cause ne formeront pas de demande nouvelle sur le même objet, et 2° qu'ils ratifieront la sentence qui sera prononcée. Ce sont les deux clauses qu'elle comporte : « *nam in stipulatione cavetur, non petituram eum cujus de ea re actio, petitio, persecutio sit, et ratum habituros omnes ad quos ea res pertinet.* » Julien Digeste, L. 23, *ratam rem haberi*, liv. 46, t. 8. Le représentant se trouve donc personnellement obligé, puisqu'il a promis lui-même ; et si une nouvelle action vient mettre à néant cette promesse il sera tenu par l'action *ex stipulatu*. La promesse qu'il a donnée est en outre corroborée par l'accession de fidéjusseurs qui eux aussi sont

1. Ulpien. Digeste, l. 23 de *adm. et peric. Tut.* livre 26. T. 7.

tenus personnellement sans pouvoir s'exonérer de cette obligation notamment par une constitution de gage ou par le dépôt d'une somme quelconque (1).

Bien plus en faisant cette promesse, le représentant doit veiller à s'abstenir de tout dol, notamment de ne pas omettre les héritiers du *dominus* ou les autres personnes intéressées ; cette seule omission suffirait selon l'opinion dominante pour donner naissance à une action en dommages intérêts fondée sur la *clausula doli*. Julien. Digeste, loi 22, § 7, de *ratam rem haberi*, eod. tit.

Dès que le procès est terminé, le représentant cherche à détruire les effets de la stipulation en demandant au *dominus* sa ratification. Aussitôt qu'elle est donnée, il est libéré quels que soient les actes postérieurs du *dominus*. Si le *dominus* refuse de ratifier, notamment s'il avait perdu, le *procurator* pourra être soumis à l'action *ex stipulatu*. Il n'en est cependant point passible immédiatement, il faut attendre que le *dominus* intente à nouveau l'action, et qu'il effectue la *litis contestatio*, car tant qu'elle n'est point intervenue, on ne peut dire qu'il y ait réellement procès, le demandeur pouvant encore abandonner l'affaire, *non petit, sed vult petere*. Il va sans dire que le *procurator* ne pourra être poursuivi que si la demande est la même, et que si une des exceptions *rei in iudicium deductæ* ou *rei iudicatæ* ne pouvait faire succomber le

1. Ulpien. Digeste 1. 7 de *stipul. prætorii*, liv. 46, t. 5. *Neque pignoris quis, neque pecuniæ vel auri, vel argenti depositione in vicem satisfactionis fungitur.*

dominus. Pour toutes les raisons que nous venons d'indiquer, le jugement sur l'action intentée en vertu de la promesse du *procurator* ne pourra être rendu immédiatement, il faut attendre que l'on connaisse exactement le montant du préjudice que cause cette nouvelle action, intentée au défendeur, préjudice éminemment variable, suivant l'issue du procès actuel. Mais la condamnation prononcée contre le *procurator* s'étendra à tout ce que son ancien adversaire a perdu ou cessé de gagner, pourvu que cela se rapporte à la chose (1).

Pour que cette stipulation soit encourue, ce doit être le maître ou un de ses ayant-cause qui renouvelle l'instance. Consulté sur le point de savoir si les fidéjusseurs d'un précédent *procurator* étaient tenus à raison de la poursuite nouvelle exercée par un *procurator* sans qualité, Julien répondit (2) avec beaucoup de raison qu'elle ne serait pas due, si le procès était recommencé par un représentant qui n'avait aucun droit de se présenter. La promesse n'a porté que sur le fait de ceux qui sont vraiment intéressés au procès, et non sur le fait d'autrui. Il en est de même si le *dominus* frappait d'appel la première sentence, c'en est une suite naturelle, et aucun préjudice ne peut être porté par l'exercice d'un droit; on pourrait encore citer le cas d'un *dominus* mineur de vingt-cinq ans représenté par un *procurator* qui intenterait à nouveau l'action; comme l'*in integrum restitutio* lui serait accordée

1. Venuléius. Digeste, loi 8, § 2, *ratam rem haberi. eod. tit.*

2. Loi 23. Dig., *rat. rem haberi, eod. tit.*

même au cas où il se serait défendu lui-même (1), il soutiendra avec raison qu'il ne cause aucun préjudice au défendeur, aussi le *procurator* ne pourra pas être poursuivi par l'action *ex stipulatu*, mais dans bien des cas une exception de dol suffira pour faire écarter la demande nouvelle de ce mineur.

C'est le demandeur agissant au nom d'autrui qui doit cette caution *de rato*, et cependant elle ne sera pas due dans les cas d'une action où le *procurator* est plutôt censé défendre que poursuivre, on a dénoncé par exemple un nouvel œuvre au *procurator*, et il se sert de l'interdit pour le faire cesser.

Exceptionnellement le représentant défendeur peut être tenu de fournir cette caution *de rato*. Il s'agit d'une action réelle, en revendication d'un fonds par exemple, et le défendeur se fait représenter, son représentant devra la caution *de rato*. Le demandeur a dans l'espèce un très grand intérêt au cas où il serait jugé propriétaire du fonds litigieux à n'être pas forcé d'intenter une autre action contre le représenté qui aurait repris possession du fonds. Pour cela il forcera le défendeur à lui promettre que le *dominus* reconnaîtra le bien-fondé de sa propriété, si le juge déclare qu'elle existe à son profit, et ce par la ratification de la sentence à intervenir (2). Et si le maître restait en possession de la chose litigieuse qui a été adjugée par la suite au demandeur, la caution lui permettra de

1. Accarias. *Droit romain*, t. 2, page 1311, note 2.

2. Ulpien. Digeste. loi 40 § 2. *de proc. et def.* livre 3. tit. 3.

recourir contre le représentant ou ses fidéjusseurs pour se faire indemniser du préjudice qu'il éprouve à raison de l'éviction.

Si le défendeur refusait cette satisfaction, le demandeur actuel se ferait attribuer la possession du fonds, et deviendrait défendeur au procès.

Quel que soit celui qui donne la caution *de Rato*, elle réfléchit indirectement contre le *dominus*. Si ce dernier refuse de ratifier et intente à nouveau l'action, son représentant le poursuit au moyen de l'action *contraria*. Et s'il est condamné à indemniser le défendeur primitif, il obtiendra à son tour de celui au nom duquel il avait agi la réparation de tout le dommage que lui cause ce renouvellement injuste d'un procès déjà tranché. Le *dominus* se gardera donc bien de recommencer un procès qui l'exposerait à un tel recours. Dès lors les représentants pouvaient en droit être tenus très rigoureusement des suites d'un procès qui ne les concernait point, mais en fait ils avaient un moyen assuré de s'en retirer indemnes.

La caution *judicatum solvi* au contraire est due par le représentant qui défend au procès. Elle lui fut imposée à l'imitation de ce qui avait lieu dans la défense aux actions réelles. Le défendeur restant propriétaire de la chose pendant la durée du litige, il était à craindre que se voyant sur le point de perdre et le procès et la chose, il n'eut l'idée soit de la vendre, soit de l'hypothéquer, soit même de la détruire et d'empêcher ainsi l'effet de la condamnation. Pour qu'il n'y fut point exposé, il était tenu de fournir la *Cautio judicatum solvi*. Lui et surtout des fidé-

jusseurs s'engageaient à exécuter la sentence qui interviendrait. Les dangers étaient à peu près semblables avec un défendeur plaissant par représentant. D'un côté il y avait à craindre l'insolvabilité de celui qui défendait au procès, d'un autre le droit était perdu par suite de la déduction du droit faite en justice par le demandeur, mais dans les deux cas le résultat était le même, le demandeur ne pouvait obtenir le fonds ou la chose dont un jugement l'avait déclaré seul propriétaire. Ajoutez y la crainte bien légitime que le défendeur prendrait encore moins de soins d'une chose qui n'était pas à lui. La même situation exigeait la même mesure de précaution. Aussi le représentant défendeur ne fut admis à soutenir le procès que lorsqu'il aurait fourni cette caution *judicatum solvi*. S'il la refusait ou ne pouvait la donner, le magistrat accordait contre lui la *missio in possessionem* avec toutes les suites qu'elle comportait, en vertu de cette vieille règle « *Nemo alienæ rei sine satisfatione defensor idoneus intelligitur.* » Quoique cependant le demandeur dans les actions réelles put demander l'autorisation de prendre la chose, de la posséder pendant la durée du litige, s'il fournissait lui-même la caution *judicatum solvi*. C'était lui qui dès lors se trouvait défendeur, et n'avait plus de preuve à faire.

Tout représentant qui défend doit cette satisfation, mais c'est le *dominus* qui la donne pour le *Cognitor*, « *sed si quidem cum cognitore agatur, dominus satisfare jubetur; si vero cum procuratore, ipse procurator*, Gaius C. IV § 101 ». Et par là s'explique sans difficulté pour-

quoi l'action *judicati* était donnée directement contre le *dominus* (1). Le *procurator* doit donc fournir lui-même la satisfaction, mais de bonne heure la distinction que nous avons vue mainte fois entre les diverses catégories de *procuratores* reparaît, c'est le *dominus* qui en définitive dans la dernière période du droit classique, la fournit à la place du *procurator præsentis*, au contraire le représentant qui agit de lui-même la doit personnellement. « *Sive ad defendendum procurator datus fuerit, satisfidare jubetur judicatum solvi stipulatione, quæ non ab ipso procuratore, sed a domino litis interponitur. Quod si procurator aliquem defendat, ipse cogitur satisfidare judicatum solvi stipulatione.* » Modestin l. 10. *judicatum solvi*. l. 46. T. 7. C'est une des raisons qui conduisirent à donner au *dominus* le droit de reprendre l'instance d'abord suivie par son *procurator*, mais il n'obtint ce droit que *cognita causa*. Aucune exception ne fut accordée aux tuteurs et curateurs, du moins à l'origine, ils durent fournir eux-mêmes cette satisfaction. « *idem et de tutore et de curatore juris est* ». Gaïus C. IV. § 101. Cependant déjà du temps d'Ulpien on peut remarquer une exception à leur sujet, ils ne doivent plus cette satisfaction, mais le pupille; à quoi bon l'exiger d'eux, puisque l'action *judicati* sera donnée directement contre le pupille. Ulpien Dig. l. 1. § 2. *de adm. et peric. tut.* l. 25 l. 7. *nec cogendi sunt tutores cavere, ut defensores solent.* »

Cette satisfaction *Judicatum solvi* est comme la caution

1. Keller. *de la procédure civile et des actions à Rome*. § 57.

de rato, une stipulation prétorienne. Des fidéjusseurs viennent fortifier l'engagement principal du représentant. Il porte sur trois points : 1° de *re defendenda*, 2° de *dolo malo*, 3° de *re judicata*. « *Judicatum solvi stipulatio tres clausulas in unum collatas habet*. Ulpien l. 6 de *jud. solvi* 46. 7.

Par la clause de *re defendenda*, le représentant promet de rester dans l'instance et d'accepter le débat jusqu'à ce que la sentence soit rendue (1); par la clause de *dolo malo* il énonce qu'il n'a point encore commis de dol et qu'il n'y en aura pas dans l'avenir, de sorte qu'il engage par là-même ses héritiers, bien plus si cette stipulation a visé la chose entière, toute personne devra s'en abstenir, sinon le *procurator* serait responsable (2). Par la troisième clause, il promet de satisfaire à la condamnation qui peut intervenir.

L'avantage de ces clauses est immense; si le défendeur refusait de procéder à la *litis contestatio* ou ne se présentait pas devant le juge pour voir rendre la sentence, le demandeur au lieu de demander au magistrat dans le premier cas la *missio in possessionem* sur tous les biens du débiteur, dans le second cas les trois édits nécessaires pour que la cause soit jugée même en son absence et qu'il soit déclaré contumax, agira directement contre lui et ses fidéjusseurs par l'action *ex stipulatu*. L'avantage qui en résulte pour le stipulant ne réside point dans

1. Ulpien, Digeste loi 5, § 3. *jud. solvi. eod. tit.*

2. Venuleius. Digeste loi 19. *pr. judicatum. solvi. eod. tit.*

l'engagement du promettant principal, ne se défendant pas il n'exécuterait pas davantage la condamnation prononcée en vertu de l'action *ex stipulatu*, mais tient à l'engagement des fidéjusseurs qui viennent garantir celui du *procurator* et qui seront tenus personnellement des conséquences de cette inexécution. Le juge pourra également examiner si dans le cours du procès, le représentant s'est abstenu de tout dol, et s'il en voit des traces, il l'appréciera en accordant une condamnation plus forte. Enfin la sentence étant rendue, le demandeur aura bien peu à craindre une insolvabilité quelconque, les fidéjusseurs et le principal promettant ne sont-ils pas là pour assurer l'exécution sans passer par les voies ordinaires?

Cependant, cette action aura ce caractère particulier qu'elle ne pourra être intentée qu'une fois : « *In hac stipulatione, quia plures causæ sunt una quantitate conclusæ, si committeretur statim stipulatio ex uno casu, amplius ex alio committi non potest.* Ulpien Digeste, loi 5, § 2 *eod tit.* C'est au demandeur à choisir la clause en vertu de laquelle il agira, il ne pourra se baser sur les deux premières que si le jugement n'est point prononcé; après la sentence elles sont couvertes, et la clause de *re judicata* est seule possible (1). Peu lui importe d'ailleurs puisque chacune d'elles conduit en définitive au même résultat, soit la condamnation qu'il aurait obtenue, soit le montant même de la condamnation primitive. De là on peut citer une différence certaine entre ces deux satisfactions. Dans

1. Scævola. Digeste, loi 21, *eod. tit.*

la caution *de rato*, on voit moins l'utilité des fidéjusseurs, car le stipulant ne promet qu'une chose que l'instance actuelle ne sera pas renouvelée, si malgré cela le *dominus* agit à nouveau, le stipulant mettrait en cause le *procurator*, et dans la plupart des cas à raison des relations qui existent entre lui et le *dominus*, le stipulant dans la satisfaction *de rato* aura peu à craindre une nouvelle instance. Il en est différemment dans la satisfaction *judicatum solvi*, le promettant ne vise que son fait personnel, que s'il est condamné, la sentence sera exécutée, mais il ne promet rien sur sa solvabilité; or, comme elle peut varier d'un jour à l'autre, on comprend surtout que la promesse principale devait être accompagnée de fidéjusseurs.

En principe comme nous l'avons vu par ce qui vient d'être dit, une seule caution est due, selon le rôle que le représentant joue dans le procès. Exceptionnellement cependant le représentant peut être tenu de fournir ces deux satisfactions, celle *de rato* et celle *judicatum solvi*; il n'y a pour cela qu'à supposer un partage.

Un des co-propriétaires veut sortir de l'indivision; il met en cause ses autres co-propriétaires, un d'eux ne peut se présenter lui-même et charge un *procurator* de suivre l'instance et de figurer au partage à sa place. « *Qui ad communi dividundo judicium datus est, ad agendum, item et ad defendendum videbitur datus, duplici cautela interponenda.* Ulpien, Digeste, loi 15, § 1. *de pro. et def.* ». Le *procurator* qui a été donné pour prendre la place du véritable intéressé sera réputé avoir été donné

à la fois pour agir et pour défendre, en conséquence il devra fournir les deux satisfactions. Rien n'est plus juste que cette exigence à raison du rôle que joue chaque co-partageant, et par suite son représentant; il est défendeur au partage en ce sens que ce n'est pas lui qui en a pris l'initiative; mais il est considéré également comme demandeur, car il est admis à présenter toutes observations sur l'attribution des lots, et surtout qu'il doit promettre non-seulement que son mandant ratifiera le partage intervenu mais qu'il laissera chaque co-partageant se mettre en possession du bien qui lui a été dévolu par le partage. Chaque copartageant a donc intérêt à se couvrir contre toute nécessité de subir un nouveau partage, si par exemple : c'était un *negotiorum gestor* qui avait représenté leur copartageant.

CHAPITRE TROISIÈME

ÉPOQUE DE LA COGNITIO EXTRAORDINARIA

Nous avons fort peu de renseignements sur les moyens que cette période mettait à la disposition du tiers qui voulait agir en justice pour autrui, au moins pendant toute la procédure où la *cognitio extraordinaria* n'était vue que comme une exception. Cependant il n'y a aucune raison de penser qu'il en fut autrement que sous la période que nous venons d'étudier. Très probablement les distinctions admises entre *cognitores*, *procuratores* ou *negotiorum gestores* existent aussi, mais une différence fort importante est à signaler. Il ne faut pas parler de *litis contestatio* pour faire passer le droit du représenté sur la tête du représentant, la *litis contestatio* ne transformant pas le droit déduit en justice, et n'ayant été maintenue que par habitude pour indiquer que la cause est en état (1). Comme les cautions sont toujours exigées, c'est du jour où elles auront été fournies que le représentant deviendra véritablement *dominus litis* et se verra exposé à toutes les suites des condamnations.

Quoi de plus juste ? N'est-ce pas au moment même où

1. Zimmern, *op. cit.*, § 162.

il fournit caution qu'on est le plus assuré qu'il entend réellement faire le procès sien, et le *criterium* est sans contredit bien plus sûr que celui qui pouvait dériver de la *litis contestatio*.

Et certainement il faut noter les mêmes progrès que ceux que nous avons signalés sous la période précédente; le représentant ne tarda pas à voir se reporter sur le *dominus* toutes les conséquences des condamnations. Ce qui le prouve c'est que cette procédure étant devenue de droit commun, il n'y eut aucune modification saillante dans les pouvoirs reconnus des représentants, et les auteurs qui ont écrit sur cette question considèrent le droit qu'ils commentent comme dérivant directement et sans changement important de la représentation de l'époque classique.

Les différences qui existaient à l'origine entre le *cognitor*, le *procurator* et les autres défenseurs s'affaiblissent de plus en plus. Il n'y a plus réellement que deux classes de représentants: ceux dont le mandat est certain, et ceux qui ne peuvent en rapporter la preuve. De ces derniers les cautions sont exigées, les condamnations sont prononcées à leur charge ou à leur profit, et ils sont tenus personnellement de toutes les suites qu'elles comportent. Pour les autres ils se retirent tout à fait indemnes du procès où ils ont figuré; c'est le mandant qui est tenu, c'est lui qui fournit la *cautio judicatum solvi*. Les tuteurs et les curateurs qui plaident pour leur pupille ont suivi le mouvement et sont enfin arrivés à s'exonérer complètement de toute responsabilité. Et ces avantages se trans-

mirent facilement aux représentants des villes, et des corporations qui couvraient le sol de l'Empire.

Une réforme importante est cependant signalée au Code de Justinien sous les empereurs Valentinien et Théodose (1). Tout représentant doit justifier de son mandat avant le commencement du litige, et s'il n'arrive à le prouver, l'adversaire est reçu à refuser de plaider avec lui. Il est cependant fort douteux que cette disposition nécessaire fut appliquée avec soin, autrement elle emporterait la destruction de nombreux textes du Digeste où il est question soit du *verus* soit du *falsus procurator*. La reconnaître exacte, c'est en plus détruire cette foule de textes visant la *satisfactio judicatum solvi*, donnée de la même façon que sous la procédure formulaire, si le maître est absent. Il faut considérer cette constitution comme un avis dont les juges doivent s'inspirer quand ils se trouvent en face de représentants. Justinien en présence des avantages que les *procuratores* ont fini par obtenir, supprime les *cognitores*. Les formalités qui les constituaient étaient surannées et peu de plaideurs avaient recours à leurs services. Une réforme importante est à signaler en ce qui concerne les procès relatifs à la liberté; les *adsertores* sont supprimés, et l'intéressé peut se présenter lui-même *adsertoris difficultatem in utroque casu cessare ipsum que per se et ad intentionem ejus qui dominum sese adserit respondere*. Const. 1. Justinien. Code liv. 7, t. 17. Il modifie également les personnes auxquelles la repré-

1. Const. 24, de proc. Code liv. 2, t. 13.

sensation est interdite. Les infâmes sont relevés des déchéances qui les frappent, « *quum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus*, inst. « C. IV, t. 13, § 11 », seules les personnes illustres ne peuvent plaider ni pour elles ni pour autrui : « *ut nulli clarissimorum liceat per se litem exigere sed per procuratorem omnino*. Nouvelle 71 ». Il revient également aux vrais principes déjà esquissés dans une constitution de Constantin, en déclarant que si le représentant se trouve dans l'impossibilité de suivre l'affaire, elle reviendra au *dominus* et non aux héritiers du représentant.

La représentation est devenue tout à fait facile ; et les règles de fond n'ont point changé, c'est le représentant qui est condamné, et des satisfactions sont toujours nécessaires. Cependant la caution *de rato* n'est plus exigée que de ceux dont le mandat est incertain, « *si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit*. Inst. liv. 4, tit. « 11, § 3 ». La meilleure garantie ne réside-t-elle pas dans la lettre par laquelle l'adversaire reçoit notification de la constitution d'un représentant.

La caution *judicatum solvi* doit toujours, être donnée si le défendeur comparait par représentant, mais ses modifications sont profondes ; pour cela il faut faire quelques distinctions. Le défendeur comparait lui-même et indique au juge qu'il désigne un tel comme *procurator*, dans ce cas c'est lui qui donne la caution *judicati*, « *potest vel ipse in judicium venire et sui procuratoris per judicatum*

« *solvi satisfactionis solennes stipulationes firmare* (1). »

Il peut aussi s'engager extrajudiciairement comme fidéjusseur de son *procurator* pour toutes les clauses ordinaires de cette stipulation « *vel extra judicium satisfactionem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor* » « *existat pro omnibus judicatum solvi satisfactionis clausulis*. Mais dans ces deux cas l'engagement personnel de l'intéressé dans le procès ne suffit point, il devra donner en outre une hypothèque sur ses biens, et ses héritiers seront aussi tenus de son engagement.

Justinien trouve cette hypothèque encore insuffisante, aussi il exige de l'intéressé qu'il donne une nouvelle satisfaction garantissant sa présence, lors du prononcé de la sentence, et s'il n'y assiste pas, son défaut entraînera nécessairement l'obligation de payer le montant de la condamnation (2).

Mais, si c'est un tiers qui se présente en l'absence de l'intéressé pour le défendre; c'est lui-même qui doit fournir la *satisfaction judicatum solvi* et il est tenu des trois clauses que nous avons étudiées sous la période classique (3).

En un mot la réforme de Justinien ne vise que le cas où le *procurator* se présente avec un mandat, parfaitement

1. *Institutes*. Liv. IV, titre 11, § 4.

2. *Institutes*, livre 4, T. XI, § 4, *in fine*.

3. *Institutes*, livre 4, T. XI, § 5. C'est le maintien de l'ancienne règle : *nemo alienae rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur*.

en règle, et il a réalisé contre l'intéressé le dernier progrès que l'on pouvait espérer.

Non seulement il est tenu de l'action personnelle à raison des condamnations qui sont prononcées contre son représentant, mais c'est lui qui doit s'engager aussi dans les stipulations par lesquelles le représentant promettait autrefois de suivre l'instance et d'exécuter la sentence à intervenir.

Sa promesse ne lui suffit même plus, et il doit donner une hypothèque sur ses biens : nous ne voyons pas très bien pourquoi cette dernière garantie est exigée, alors qu'on n'osa jamais l'admettre dans les actions où l'intéressé agit lui-même. C'est un surcroît de garanties dont ne peut se plaindre le demandeur qui n'a plus qu'une chose à souhaiter, c'est que dans tous les procès qu'il pourra soutenir, il trouve toujours devant lui un représentant dont le mandat ne présentera aucun doute, quant à la raison de cette dérogation exorbitante au droit commun Justinien a soin de ne pas nous la donner.

CONCLUSION

Nous possédons maintenant une idée fort nette de la représentation telle quelle fut conçue dans le dernier état du droit romain. Elle est devenue pour ainsi dire de droit commun, et en règle générale on peut dire que les représentants ne sont plus tenus des conséquences de l'affaire qu'ils ont suivie. Il ne faudrait cependant pas croire que cette série de progrès puisse nous autoriser à dire que les Romains se sont figuré la représentation en justice telle que nous la concevons actuellement. Malgré toutes les perfections qui l'ont transformée peu à peu d'une manière aussi complète que possible, il y a toujours une différence primordiale avec l'idée que nous nous en faisons. C'est que les Romains n'ont pu concevoir cette présence d'autrui en justice sans que ce soit lui, le représentant, qui devienne sujet actif ou passif de la condamnation. Le véritable intéressé, le *dominus* n'a jamais pu obtenir que la condamnation fut prononcée en sa faveur, et toujours le transfert sur la tête du représenté des effets de la condamnation fut subordonné à une *causæ cognitio*. Bien plus ainsi que nous l'avons constaté, le préteur dans la série des mesures prises pour faciliter cette représentation, a autorisé le mandataire à retenir en lui les effets produits par son acte, s'il avait crainte de ne se voir indemniser

par le mandant, et le mandataire n'a pu échapper aux obligations qu'il a contractées que si le mandant était en état de satisfaire à la condamnation prononcée (1). D'ailleurs il en est de même pour la représentation dans les contrats, ce n'est point le mandant qui bénéficie directement des avantages de l'opération qu'il a prié de conclure, ce n'est pas non plus contre lui directement qu'est donnée l'action pour le forcer à exécuter, il y a toujours un intermédiaire sur lequel doivent se reposer les droits pour être ensuite transportés sur la tête du véritable ayant-cause.

Quelle différence aussi avec la représentation telle que nous la comprenons selon les principes du droit français ! Le mandataire agit, et c'est le mandant qui est réputé avoir été partie au procès ; c'est en son nom que tous les actes de procédure sont libellés, c'est à son profit ou contre lui que la condamnation est prononcée. Le mandataire a sans doute figuré en personne dans l'instance, mais le résultat est tel qu'on peut dire que sa personnalité est restée étrangère aux actes qu'il a accomplis.

1. Labbé, appendice 9, *Sur les institutes d'Ortolan*, p. 883.

DROIT FRANÇAIS

DES EFFETS DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE Sur les actes antérieurs

INTRODUCTION

Dès le jour où la déclaration de faillite a été prononcée par le tribunal de commerce, le failli se trouve dessaisi de l'administration de ses biens; il ne peut plus faire des actes de disposition ou même de simple administration opposables à ses créanciers.

Mais la faillite n'est point prononcée le jour même où les affaires du débiteur commencent à chanceler, le jugement qui la déclare ne constate qu'une chose, que le débiteur a cessé ses paiements; or, il est rare qu'il les cesse tout d'un coup.

Un temps quelquefois très long peut s'écouler entre le jour où le commerçant n'a pu avec ses ressources propres

faire face à ses échéances, qu'il est en un mot au-dessous de ses affaires, et celui où malgré ses efforts il s'est vu mis en faillite.

Le commerçant a saisi de bonne heure les difficultés de sa situation, il a cherché à sortir d'embarras, mais mal conseillé par la peur, ses prévisions ne se sont point réalisées ; les moyens dont il s'est servi ont tourné contre lui, et ont aggravé sa situation au point de la compromettre tout à fait. Tel un homme pris dans des sables mouvants, prend peur, perd la tête, agite ses membres d'une façon désespérée, se fatigue, et se sent à chaque mouvement enfoncer plus avant d'une manière lente, mais sûre.

Il est allé trouver chacun de ses créanciers séparément, et a cherché à obtenir d'eux la cessation de toute poursuite, promettant de les payer rapidement, leur faisant entrevoir à bref délai une opération fructueuse qui les désintéressera d'une façon complète. Avec ceux que ses promesses lointaines n'ont pu éblouir, il a dû prendre des arrangements souvent onéreux, dans l'espérance qu'un lendemain meilleur se fera jour et que ce ne sera pas en vain qu'il se sera adressé à leur pitié !

Dans ce but il a engagé les marchandises destinées à ses opérations commerciales, il les a vendues à vil prix, ayant terme pour les payer, il a emprunté à de gros intérêts ou accordé des sûretés spéciales ; il a transféré à sa femme ou à des amis sûrs les choses qu'il voulait sauver, toutes les promesses lui sont bonnes pourvu qu'il ne soit plus poursuivi. Les protets abondent, et malgré

ces expédients, son état de gêne s'est ébruité. Enfin un créancier voulant aussi en obtenir sa part, se voyant tout refuser, s'est décidé à faire déclarer la faillite, ou le débiteur lui-même à bout de ressources, s'est-il enfin décidé à déposer son bilan ?

Pendant toute cette période de crise, où il a cherché à se débattre contre ses créanciers et à retarder sa faillite, il en a avantage un certain nombre, les plus avides, ou les plus au courant de ses affaires, donnant de bonnes paroles à ceux qui connaissent moins sa situation ou qui en ont pitié.

Il ne serait pas juste que ses créanciers fussent forcés de se contenter de ce qu'il a bien voulu leur laisser, chacun conservant ce qu'il a pu sauver.

La faillite est un malheur dont les conséquences peuvent être graves. Un des créanciers du failli a compté sur ses promesses ; la faillite les détruit, et peut être lui-même ne pouvant tenir les engagements qu'il a pris en prévision, va voir sa situation compromise. Tous ceux qui ont traité avec celui qui vient de faillir doivent supporter en commun et de la même façon cette perte, et il serait souverainement inique que la loi permit à certains de se retirer indemnes alors que ce qu'ils ont reçu provient peut-être de créanciers plus confiants. L'égalité doit régner entre tous, quitte à détruire certains actes et à faire rapporter certains créanciers. C'était une nécessité d'autoriser les tribunaux à fixer l'époque où la situation du débiteur a commencé à devenir mauvaise, et celle où il ne pouvait plus faire face à ses échéances. D'autant plus

qu'à ce moment où commence la cessation des paiements toutes les causes du dessaisissement existent déjà ; on doit craindre que dès lors le failli ne compromette le gage commun, ou qu'il n'en avantage certains. Il faut pouvoir réviser tous ces actes.

Il y avait bien sans doute l'application du droit commun, l'exercice de l'action Paulienne. Mais pour réussir dans cette action il fallait d'abord prouver la fraude du débiteur ; or pouvait-on considérer comme une fraude, le fait d'avoir cherché à retarder sa faillite, avec l'espérance qu'il se releverait. Cette situation désespérée a pu lui faire perdre la tête et accomplir certains actes nuisibles à ses créanciers sans cependant qu'on puisse l'accuser de fraude. Mais encore il fallait établir la complicité des tiers et que l'acte attaqué ait créé ou augmenté son insolvabilité.

Cette preuve est difficile, et il est rare de réussir dans l'action Paulienne ; on doit même aller plus loin et supposer que des débiteurs ne pouvant plus payer vont s'entendre avec des créanciers complaisants pour leur transférer une partie de leurs biens, ou passer avec eux des actes qui seront tout à leur avantage, et ne se laisseront mettre en faillite que lorsqu'ils n'auront plus que des dettes sans aucun actif.

Laisser les actes faits par le failli depuis la cessation des paiements sous l'empire du droit commun, c'eût été engager celui qui va faillir et qui est de mauvaise foi, à risquer tout et à frustrer ses créanciers avec la protection de la loi ! Le failli s'est mis dans une situation spé-

ciale, en ne tenant pas ses engagements, il fallait l'avertir lui et ceux qui pouvaient traiter avec lui que l'impunité ne leur serait pas assurée. De là s'imposait la nécessité d'examiner tous les actes faits par le failli depuis les premiers symptômes de gêne, jusqu'au jour de la déclaration de faillite, et de soumettre tous les actes passés dans cette même période à des règles uniformes, édictées uniquement en vue d'établir l'égalité entre tous et de faire supporter de la même façon ce malheur commun.

Cette période qui part de la cessation de paiements et même pour certains actes des dix jours qui précèdent pour s'étendre jusqu'à la déclaration de faillite s'appelle le temps suspect.

HISTORIQUE

Cette nécessité d'examiner les actes faits par le débiteur avant la sentence qui le dessaisit de l'administration de ses biens a été comprise de bonne heure. A Rome il n'y avait pas à proprement parler de faillite du moins telle que nous la concevons actuellement; mais sous l'empire des besoins de la pratique, le préteur avait créé une procédure spéciale applicable aux insolvable qui avaient agi en fraude des droits de leurs créanciers. Ce fut l'action Paulienne, auxiliaire de l'envoi en possession.

Quand, après le délai de trente jours accordé au débiteur pour exécuter la condamnation prononcée contre lui, le créancier n'avait pas été satisfait, il s'adressait au préteur qui prononçait la *missio in possessionem*. Le débiteur se trouvait dessaisi de l'administration de ses biens; le décret du magistrat était publié pour avertir les créanciers, et ceux-ci réunis désignaient un *curator*, chargé de la vente des biens.

Après certains délais la vente se faisait aux enchères, et l'adjudication prononcée au profit de celui qui promettait le plus fort dividende.

C'est alors que l'insolvabilité du débiteur étant établie, les créanciers cherchaient à voir de quels actes elle était née, et demandaient au préteur de vouloir bien rescinder

cet acte de leur débiteur, en prouvant qu'il leur causait préjudice, et que le débiteur l'avait su en contractant. Déjà du temps de l'époque classique, deux procédés pour arriver à ce but étaient à leur disposition. Comme il est impossible de désigner quel fut le plus ancien en date, nous les indiquerons seulement d'après l'ordre qui nous paraît le plus logique et selon les probabilités les plus grandes.

Le premier procédé offert aux créanciers ne visait que les aliénations frauduleuses, le préteur s'inspirant de la loi *Ælia Sentia* qui limitait le droit du testateur d'affranchir ses esclaves, déclara dans son Édit qu'il accorderait aux créanciers la *restitutio in integrum* contre ces aliénations frauduleuses, et qu'en vertu d'une formule fictive, supposant le bien rentré dans le patrimoine de leur débiteur, il autoriserait les créanciers à le revendiquer. Cette action qu'on appela action Paulienne réelle, du nom du préteur qui l'imagina n'était accordée que *causa cognita* (1). Son domaine était insuffisant, puisqu'une multitude d'actes pouvaient être faits impunément par un débiteur de mauvaise foi : aussi étendant la brèche qu'il avait faite au droit civil, le préteur autorisa par une nouvelle action, les créanciers à attaquer les actes frauduleux de leur débiteur. Cette action appelée aussi action Paulienne, mais action personnelle et action *in factum* sanctionnait l'obligation née du délit ou du quasi-délit du tiers qui en traitant avec le débiteur *fraudator*, s'en

1. *Institutes de Justinien*, livre 4, titre 6, § 6.

était rendu complice en connaissance de cause, on recueillait sans raison un bénéfice (1). Tous les actes du débiteur y étaient soumis, aliénations, constitutions de gage d'hypothèque, procès perdus où le débiteur n'a pas voulu comparaître, constitution de dot, etc. Les paiements faits avant l'échéance quoique l'échéance se fut produite avant la *missio in possessionem* forçaient le tiers à tenir compte à la masse de sa jouissance anticipée (2). L'acte attaqué était valable, mais le tiers devait réparer le préjudice qu'il causait aux créanciers, soit en remettant les choses en état, soit s'il refusait, par une condamnation à des dommages-intérêts. L'action Paulienne profitait à la masse pourvu qu'elle comprît au moins un créancier antérieur à l'acte attaqué (3). Tel est rapidement exposé, le système créé par le prêteur, système incomplet qui supposait pour être efficace, un tiers solvable, et qui laissait en dehors de l'action Paulienne toutes les renonciations à succession, et tous actes par lesquels le débiteur négligeait seulement de s'enrichir.

C'est en Italie qu'apparaissent les premières règles de la faillite. L'extension du commerce des cités italiennes leur montra assez vite l'insuffisance de l'action Paulienne, ou de la *venditio bonorum*. La législation la plus célèbre fut insérée dans le statut de Gênes promulgué à la

1. Garraud. *De la déconfiture et des améliorations dont elle est susceptible*, page 37.

2. Loi 1, § 2, Digeste, *quæ in fraudem creditorum facto sunt, ut res-tituantur*, liv. 42, t. 8; loi 6, § 7, loi 10, § 16.

3. Loi 10, § 6, *cod. tit.*

fin du quinzième siècle et réformé en 1588. Nulle part on ne trouve la nécessité d'un jugement déclaratif de faillite, à Gênes elle a lieu sur l'aveu du débiteur, ou si le créancier prouve que son débiteur a un débit de plus de mille livres; dans d'autres, les biens du débiteur sont mis sous séquestre. Mais partout on avait compris que celui qui va faillir doit être assimilé au failli et que les actes qu'il fait dans un temps voisin de la faillite sont tout aussi dangereux pour la masse. Le délai pendant lequel les actes devaient tomber variait seulement. Dans certaines cités, il était d'un mois, à Gênes, il remontait jusqu'aux quinze jours précédents; ailleurs ce n'était plus que de dix jours, voire même de deux.

Mais dans ce délai tous les actes étaient annulés de plein droit, sans aucune appréciation de la bonne ou de la mauvaise foi du débiteur ou des tiers qui avaient traité avec lui. Bien plus certains statuts locaux tout en fixant *a priori* la période suspecte reconnaissaient aux juges le droit de remonter plus loin et d'annuler selon les règles ordinaires certains actes qui leur paraîtraient entachés de fraude (1).

Pendant longtemps en France on ne connut point la période suspecte précédant les faillites, les créanciers se servaient du droit commun, les premières ordonnances des rois ne visaient que la banqueroute; malheureusement

1. Massé. *Droit commercial dans ses rapports avec le droit civil et le droit des gens*, n° 1211, tome 2, et les divers commentateurs italiens qu'il cite.

les peines étaient trop graves pour pouvoir s'appliquer souvent et les débiteurs presque assurés de l'impunité obtenaient de leurs créanciers tout ce qu'ils voulaient. La première ordonnance qui posa quelques règles fut un édit de Henri IV de 1609 qui annulait « tous transports, cessions, ventes, donations de biens meubles ou immeubles faits en fraude des droits des créanciers faits par les banqueroutiers à leurs enfants, femmes, héritiers ou autres amis ». Or rien n'indiquait aux juges pendant quelle période ces actes devaient être passés pour être annulés, et les juges en présence de ces règles indécises n'appliquaient pas la loi.

A la fin de ce même siècle, un grand pas fut fait pour réglementer les actes antérieurs à la faillite.

Sous l'influence des relations qu'ils entretenaient avec les marchands italiens dans les foires de Champagne ou de Lyon, les habitants de ces villes qui avaient surtout à souffrir des faillites, s'inspirèrent des statuts italiens, et firent homologuer par le conseil du Roi en 1667 un règlement applicable à toutes les faillites qui seraient ouvertes dans le ressort de la prévôté : Dans le treizième article on y voyait les règles suivantes :

« Toutes cessions et transports sur les effets des faillis
« seront nuls, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant
« la faillite publiquement connue. Ne seront compris néanmoins en cet article les virements des parties faits
« en bilan, etc. »

C'était un grand progrès, il resta malheureusement applicable à la seule ville de Lyon, la grande ordonnance

de 1673 sur le commerce ne reproduisit pas ces règles nécessaires ; et dans son titre des faillites, le § 4 se borna à rappeler les règles anciennes dans les termes suivants :

« Déclarons nuls tous transports, cessions, ventes et
« donations de biens meubles et immeubles faits en fraude
« des créanciers. Voulons qu'il soient rapportés à la masse
« commune » ; c'était simplement consacrer l'action Paulienne.

Or, la règle ne servait à rien, la fraude se prouvait difficilement, les débiteurs favorisaient certains de leurs créanciers et ruinaient les autres. En présence de scandales inouis, le législateur intervint. En novembre 1702 une déclaration du roi chercha à mettre un terme à tous les abus. Dans son préambule, la déclaration visait les fraudes qui pour ainsi dire étaient devenues de droit commun, rappelait le règlement de Lyon et ajoutait :

« Voulons que toutes cessions et transports sur les
« biens des marchands qui font faillite seront nuls et de
« nulle valeur, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant
« la faillite publiquement connue, comme aussi que les
« actes et obligations qu'ils passeront par devant notaires
« au profit de quelques-uns de leurs créanciers ou pour
« contracter de nouvelles dettes ensemble, les sentences
« qui seraient rendues contre eux, n'acquerront aucune
« hypothèque ni préférence sur les créanciers chirogra-
« phaires si les dits actes et obligations ne sont passés,
« et si les dites sentences ne sont rendues pareillement
« dix jours au moins avant la faillite publiquement con-
« nue. »

Déclaration applicable à toute la France. Le progrès était indéniable, malheureusement il était insuffisant; il ne faut pas oublier qu'il n'y avait pas de jugement déclaratif; la faillite dépendait de certains faits extérieurs; l'initiative prise par le débiteur de se mettre en liquidation, ou l'apposition des scellés par les créanciers, à part ces deux cas la déclaration ne servait à rien, et quand le débiteur avait surtout des créanciers éloignés, il avait beau jeu de s'entendre avec les quelques créanciers présents, leur faisait des avantages avec l'argent des autres, mettait le reste de ses biens en sûreté, abandonnait aux autres ce qu'il voulait bien et s'assurait l'impunité, des lettres de répit pouvant même empêcher toute poursuite.

Cette déclaration resta en vigueur jusqu'au Code de 1807. On n'avait alors connu qu'un seul système, la nullité de plein droit des actes passés dans les dix jours précédant la faillite publiquement connue. A l'encontre on concevait un système plus équitable consistant à n'annuler les actes passés dans cette même période que si l'on y trouvait des preuves certaines de la connaissance de la cessation des paiements.

Les rédacteurs du Code de 1807 prirent un système mixte.

La faillite devait être prononcée par un jugement du tribunal de commerce, chargé de fixer également le moment de son ouverture, c'est-à-dire celui où le failli n'avait pu ou avait refusé d'acquitter ses engagements de commerce. Aucune limitation de temps n'était fixée; on pou-

vait donc voir reporter des faillites à plusieurs années précédant le jugement qui la prononçait.

Depuis cette époque le failli était dessaisi de plein droit de l'administration de ses biens, conséquemment tous les actes qu'il avait passés depuis l'ouverture de sa faillite étaient nuls de droit, sans examen de la bonne ou de la mauvaise foi des tiers. En outre dès l'ouverture de la faillite remontait dans le passé une période de dix jours, pendant laquelle les tiers n'avaient pu acquérir valablement ni privilège, ni hypothèque (art. 443.) Les actes translatifs de propriété à titre gratuit, les sommes payées pour dettes non échues étaient également nuls de droit sans qu'on eut à se préoccuper de l'intention des tiers, (art. 444-446).

Tous actes du même genre à titre onéreux étaient susceptibles d'être annulés sur la demande des créanciers, s'ils paraissaient aux juges porter des caractères de fraude. Pour cette deuxième catégorie d'actes, les tribunaux avaient une faculté d'appréciation, la masse prouvait d'abord la fraude du tiers contractant, elle existait de plein droit pour le débiteur. Si le tribunal reconnaissait la fraude, il devait annuler l'acte.

Ce système était trop dangereux pour les tiers qu'il frappait nécessairement, alors que souvent, surtout quand la faillite remontait loin en arrière, ils avaient agi avec la plus grande bonne foi. La jurisprudence sentit vite toute l'iniquité de ce système, et elle réforma courageusement la loi de 1807. Elle distingua pour les actes passés depuis l'ouverture de la faillite jusqu'au jugement décla-

ratif comme le Code pour la période de dix jours annulant les actes qui lui paraissaient faits avec connaissance de la cessation des paiements, maintenant ceux qui lui paraissaient faits de bonne foi.

Un tel système devait nécessairement appeler l'attention du législateur. De tous côtés des plaintes s'élevaient contre l'administration des faillites — la vérification des créances durait longtemps, les frais prenaient tout l'actif, et partout s'introduisait l'habitude de remplacer les faillites par des liquidations amiables sans contrôle, où la fraude avait libre jeu.

Le législateur s'émut des plaintes et chargea une commission d'élaborer un nouveau projet de la loi des faillites. C'est ce projet qui après de nombreux remaniements et de longues discussions dans les deux chambres devint la loi du 28 mai 1838. Ce sont les dispositions de cette loi sur la cessation des paiements qui feront l'objet de notre étude.

CHAPITRE PREMIER

I SECTION PREMIÈRE

De la période suspecte.

Le tribunal de commerce a déclaré la faillite ; par ce même jugement il fixe quand le débiteur a cessé ses paiements. On comprend fort bien qu'à ce moment, le tribunal n'ait pas tous les éléments pour se déterminer en parfaite connaissance, beaucoup de causes, certains actes peuvent lui être inconnus, aussi la loi lui accorde le droit par jugement ultérieur de la déterminer à nouveau d'après tous les éléments qui lui sont apportés. Le tribunal a sous les yeux le rapport du syndic qu'il a désigné, et connaît par là même les causes de la faillite ; le juge-commissaire a déjà entendu un certain nombre de créanciers, il peut agir sans crainte de se tromper, mais tout en laissant aux juges la faculté de la déterminer par un jugement distinct de celui qui a dessaisi le failli, la loi avait à éviter un autre écueil, ne pas leur laisser le droit de la reporter par une série de jugements. Aussi l'article 580 du Code de commerce fixe-t-il l'époque après laquelle le tribunal sera dessaisi pour toujours de ce droit ?

Voyons donc un peu ce qu'il faut entendre par cessation de paiements et sur quoi le tribunal doit se baser pour la fixer. C'est une définition difficile ; aussi à l'en-

contre du Code de 1807 (1), la loi nouvelle a-t-elle laissé aux juges le soin délicat de la déterminer, mais nous pouvons donner ici un aperçu général de leur mission. Elle est importante à raison des graves conséquences qui vont en découler. Aussi le tribunal ne doit pas se laisser déterminer par tel ou tel acte qu'il s'agit de faire tomber, mais par la plus grande justice. Deux graves intérêts sont en jeu. Celui du syndic et des créanciers qui cherchent à faire tomber le plus d'actes possible, de manière à augmenter d'autant le dividende, celui du crédit et des tiers qui sont intéressés à ne pas voir frapper des actes qu'ils ont faits bien antérieurement à la faillite. Ces derniers devront en effet rapporter à la masse alors qu'ils n'en retireront qu'un faible dividende. Ce n'est pas d'après le sens littéral des mots qu'il faut se fixer, et la faire partir du jour où le failli n'a plus payé ; ce serait souvent trop tard.

L'examen doit porter sur la façon dont se sont faits les paiements qui précèdent. Est-ce de ses propres deniers, n'est-ce pas plutôt avec de l'argent emprunté pour faire taire les créanciers plus avides et comptant user de ce même moyen quand son nouveau prêteur lui réclamera son remboursement ? N'a-t-il pas cherché à tromper les tiers en payant quelques-uns des créanciers, employant au besoin des manœuvres clandestines comme constitution d'hypothèque ou mise en gage, tout en leur donnant le nom ou la forme d'autres contrats ? Ce n'est pas quand

1. Voir notamment l'art. 441.

il ne peut plus payer et que ses ressources n'existent plus qu'il faut la fixer, c'est quand déjà il est gêné dans ses paiements, que ses propres ressources ne lui permettaient pas d'acquitter son passif, ou même s'il laissait en souffrance un créancier unique, ou une dette civile (1).

En un mot le Tribunal doit fixer le commencement de la cessation des paiements au moment même où il aurait déclaré la faillite, s'il avait connu cette situation. Qu'il ne se laisse pas influencer par l'idée que la faillite remontera trop dans le passé, ni par tel acte important qu'il fera annuler par là-même. Il doit statuer en ignorant les conséquences de fait, que sa décision doit produire, et d'après le caractère même des faits. C'est à raison même de cette mission toute d'équité et de justice que la loi ne pouvait imposer des limitations dans la mission du juge. La date de la cessation de paiements est surtout une question de fait. Dans chaque faillite pour ainsi dire elle se présente sous un aspect différent, et ne tient pas à un acte normal et précis. Enfermer le juge dans des bornes étroites, c'eût été par là-même, créer l'inégalité la plus grande, c'eût été détruire la faillite.

Certains critiquent cette liberté absolue d'appréciation laissée aux juges.

Ils font voir le tribunal composé de commerçants, intéressés peut être dans la faillite, et déterminant la cessation de paiements pour faire tomber ou maintenir tel acte. Ils s'appuient sur le danger que fait courir au cré-

1. Cass. Req. 12 juillet 1881. Dalloz, 1882. 1, p. 264.

dit commercial la menace de voir briser une infinité de contrats, sur la faiblesse coupable des créanciers qui retardent la faillite de leur débiteur, assurés de la faire remonter où ils voudront, laissant ainsi au commerçant près de faillir un crédit imaginaire dont seront victimes les tiers de bonne foi. Ils montrent une multitude de procès se greffant sur les faillites, le syndic attaquant tous les actes importants, qui peuvent augmenter le dividende à distribuer et concluent en conséquence à ce que les tribunaux soient dessaisis de cette faculté vraiment exorbitante, et que la cessation de paiements ne puisse remonter au delà d'un mois, de six mois, d'un an, peut-être même de trois ans, comme dans la plupart des pays étrangers.

Ces idées avaient déjà été présentées à l'examen des Chambres lors de la discussion de la loi de 1838. Le projet primitif parlait même de la fixer à l'époque notoire de la cessation des paiements; et l'on proposa des amendements pour ne pas la faire remonter au delà d'un mois. Ce dernier système fut combattu par les défenseurs du projet qui s'attachèrent à montrer que c'était engager les débiteurs à faire sans crainte tous les arrangements propres à frauder les créanciers, pourvu qu'ils fussent assez habiles de retarder la déclaration de faillite jusqu'à l'expiration du mois, ou du délai fixé (1). C'était détruire la loi de l'Égalité qui est le but des faillites, et consacrer un état de choses contraire à la réalité; car la faillite, c'est

1. Thomas. *Etudes sur la faillite*, page 148 et suiv., p. 156.

la constatation d'un état de choses, de la cessation de paiements, il faut donc la fixer à l'époque où elle a commencé d'exister.

Les motifs qui ont déterminé le vote de la loi existent toujours avec la même force. La crainte de la fraude est la même. Comme on le verra plus loin, en général, la nullité de l'acte, conséquence de la fraude, ne tombera pas sur des tiers de bonne foi; elle tombera seulement sur ceux qui ont voulu frauder la masse. Est-ce injuste? serait-ce donc un but différent que l'on devrait poursuivre?

L'appréciation des tribunaux se donne avec toutes les garanties voulues. Le Tribunal fixe provisoirement la cessation de paiements, mais toujours à une époque voisine de la déclaration de faillite, ce n'est que plus tard, quand il s'est entouré de tous les éléments nécessaires, sur le rapport du juge commissaire, et à la condition qu'il se trouve dans un certain délai indiqué par l'art. 580 (Com) qu'il fixera d'une manière définitive l'époque à laquelle commence la cessation de paiements. C'est donc à un moment voisin de la déclaration que les tiers seront fixés. Que veut-on de plus?

Dans le projet actuel sur les réformes à introduire dans la législation des faillites, le rapport déposé au nom du Conseil d'État concluait à la suppression de cette liberté absolue et à ne pas faire remonter à plus d'un an la cessation de paiements. C'est une disposition empruntée à la législation anglaise dans le but de soustraire les transactions commerciales à l'incertitude et de sauvegarder

l'intérêt des tiers de bonne foi, au risque même de laisser quelques actes reprehensibles échapper à l'annulation. Entre deux maux, la commission a préféré choisir le moindre (1).

Le projet déposé par la commission de la Chambre, conclut au contraire au maintien de ce qui existe : « Ce
« serait, dit le rapporteur, M. Laroze, favoriser les spécu-
« lations qui se rencontrent tous les jours ; il arrive très
« souvent qu'un créancier important, par exemple : un
« banquier en relations avec le débiteur, se fait donner tout
« ou partie de l'actif de celui-ci, et pour effacer le souvenir
« du paiement que son gage lui assure, il soutient de son
« crédit le commerçant qui l'a payé, puis lorsqu'un an,
« dix-huit mois se sont écoulés, il le laisse succomber. Si
« la disposition dont nous nous occupons était adoptée,
« un banquier échapperait à toute action en rapport. Ces
« actions en rapport ne sont-elles pas équitables au plus
« haut point ? Ne rétablissent-elles pas l'égalité entre les
« créanciers souvent audacieusement violée ? Dès lors
« pourquoi distinguer entre la date des paiements ? Pour
« être ancienne, l'opération en est-elle moins coupable ?
« On soutient que l'on veut protéger la bonne foi, mais si
« elle existe, le créancier assigné en fera la preuve, et
« échappera au rapport de la somme payée. Quant au

1. Rapport du conseil d'État. Courcelle-Seneuil. *Journ. offic.* 1882. Doc. parlem. Chambre, page 2301 et suiv., col. 2. nouvel art. 447. Le rapport et le projet qui le suit ont été adoptés par le gouvernement.

« trouble que ces légitimes actions peuvent apporter dans
« les transactions commerciales, nous le croyons sans im-
« portance et nous pensons que le trouble moral qu'occa-
« sionnent les manœuvres du créancier qui veut se faire
« payer au détriment de l'égalité est assez grave pour
« que le législateur ait le devoir de l'empêcher (1).

Nous n'ajouterons rien de plus. Notre conclusion est donc qu'il faut maintenir au Tribunal l'appréciation absolue sur le moment précis où a commencé la cessation des paiements. C'est encore le meilleur remède préventif contre les fraudes de toutes sortes qui se commettent dans les faillites. Et puisqu'il est dangereux de la fixer *a priori* c'est encore le juge qui est plus à même de la déterminer.

Un grand nombre de législations étrangères n'ont pas adopté cette manière de voir ; dans certaines la cessation de paiements est bien fixée par le tribunal, mais il ne peut la faire remonter au delà d'une certaine époque, dans d'autres il n'y a pas de jugement spécial, mais le tribunal ne pourrait annuler un acte qui aurait été fait avant la période fixée comme l'extrême limite de la cessation de paiements.

Parmi les principales législations qui ordonnent de fixer la cessation de paiements par une disposition spéciale, on peut citer la Belgique et l'Italie. L'article 442 du Code de commerce belge est ainsi conçu sur ce point :

1. Laroze, rapport déposé au nom de la Commission de la Chambre sur la réforme des faillites le 16 février 1884. *Journ.off.* mars 1884. doc. parlém. Chambre. page 238.

« Sauf l'exception portée à l'art. 613, cette époque ne peut toutefois être fixée à une date de plus de six mois antérieure au jugement déclaratif de faillite ». L'exception de l'art. 613 vise les sursis de paiements, accordés aux commerçants qui par suite d'événements extraordinaires et imprévus sont contraints de cesser temporairement leurs paiements, mais dont cependant les moyens suffisent pour désintéresser complètement leurs créanciers. Sa durée la plus longue peut être de douze mois, si dans les six mois qui suivent ce délai, la faillite était déclarée, la cessation de paiements sera fixée exceptionnellement au jour où le sursis a été demandé (art. 613).

Le Code Italien de 1882 dans son article 692, al. 3. décide que : « En aucun cas la date de la cessation des « paiements ne pourra être fixée à une époque supérieure « à trois années avant la date susdite ». Dans l'article suivant le législateur italien détermine d'une façon fort sage l'idée dont le juge doit s'inspirer en fixant la cessation de paiements. « article 693. Le seul refus de certains paiements « exceptionnels que le débiteur peut de bonne foi croire « fondé, n'est pas la preuve de la cessation de paiements. « Le fait matériel d'une continuation des paiements au « moyen de renouvellements frauduleusement procurés « n'empêche pas la déclaration que le commerçant est « réellement en état de cessation de paiements. »

Les lois allemande et autrichienne se rattachent aux législations dans lesquelles il n'y a pas de jugement spécial fixant la date de la cessation des paiements, et qui ont indiqué quelques règles dans le but d'empêcher l'an-

nulation d'actes faits un certain temps avant l'ouverture de la faillite. Ces deux législations ont ceci de particulier qu'elles s'appliquent aussi bien aux non commerçants qu'aux commerçants.

La nouvelle loi allemande du 10 février 1877 sur les faillites reconnaît aussi que la cessation de paiements ne peut être reportée indéfiniment en arrière, mais elle varie suivant les actes qui sont soumis à l'annulation, s'il s'agit d'actes à titre onéreux, c'est l'article 26 ainsi conçu : « Les obligations consenties plus de six mois avant l'ouverture de la faillite ne peuvent être contestées sur le fondement d'une connaissance de la suspension de paiements » et cependant une exception doit être faite selon l'article 24 pour les actes à titre onéreux faits par le failli avec son conjoint, avec ses parents ou ceux de son conjoint ; pour être valables ils doivent avoir été faits au moins un an avant l'ouverture de la faillite.

Les dispositions à titre gratuit devront pour pouvoir être annulées avoir été faites dans l'année ou les deux ans précédant l'ouverture de la faillite, selon qu'il s'agit de donations faites à des tiers ou à son conjoint, article 25 (1).

La loi autrichienne du 16 mars 1884 sur l'annulation des actes concernant les biens d'un débiteur insolvable est partie de la même idée, il y a seulement quelques modifications de détail. La période suspecte embrasse également un délai préfixe de six mois ». Sont annulables

1. Thaller. *Faillite en droit comparé*. t. I, page 400 et s.

« tous achats, fournitures, échanges passés entre le failli
« et toutes autres personnes dans les six mois qui ont
« précédé la faillite, toutes les fois que l'autre partie de-
« vait reconnaître dans l'affaire un appauvrissement du
« débiteur nuisible à ses créanciers; article 4 ». Pour les
actes à titre gratuit, les restitutions de dot, etc. la durée de
la période suspecte est plus longue et fixée à un an, art.
2 2° ; mais s'il s'agit de commerçants, les articles
5 et 6 établissent que les actes ayant pour objet des
garanties non prévues au contrat, ou des libérations con-
senties avec connaissance ou de la suspension des
paiements ou de la requête à fin de faillite seront annulés,
même s'ils sont faits dans les deux semaines qui précèdent
cette suspension, mais le créancier est recevable à prou-
ver sa bonne foi.

Et dans ce cas on ne peut faire tomber des actes re-
montant à plus de six mois.

La loi anglaise du 25 août 1883 présente deux des ca-
ractères que nous venons d'indiquer ; il n'y a pas de
jugement spécial fixant la date de la cessation de paie-
ments, et la faillite s'applique aux commerçants et aux
non-commerçants.

Les actes qui peuvent entraîner une déclaration de
faillite sont énumérés limitativement, et ces actes désignés
sous le nom « d'acts of baukrupcy » doivent avoir été
faits dans les trois mois qui précèdent la demande (sec-
tion 1^{ère}). La faillite n'est prononcée que si le séquestre
nommé n'a pu arriver à faire voter un concordat.

Les pouvoirs du juge sont donc bien restreints. Sa seule

mission aussi bien dans la loi anglaise que dans les lois allemande et autrichienne consiste à vérifier si l'acte attaqué rentre bien dans l'énumération faite par la loi.

SECTION DEUXIÈME

Division.

Avant d'étudier en détail les dispositions de la loi et pour se rendre bien compte du sort des actes que le failli a faits depuis la cessation de paiements jusqu'au jugement déclaratif il est bon d'indiquer rapidement les caractères principaux de la loi de 1838. Le système adopté est un système mixte. Les nullités sont de deux sortes ou Nullités de Droit ou Nullités facultatives. Nullités de droit que le tribunal devra nécessairement prononcer sans aucun examen de la bonne foi des tiers, dès qu'il aura reconnu que l'acte rentre bien dans la catégorie visée. Elles ont trait à des actes dangereux pour la masse. Nullités facultatives pour lesquelles le tribunal aura toute liberté d'appréciation, même si la masse venait à établir les conditions de fraude qui ont présidé à la confection de l'acte. Dans une catégorie à part, tenant un peu des deux, mais surtout de la seconde il faudrait ranger les nullités concernant les inscriptions des privilèges et hypothèques.

Les dispositions de la loi laissent en dehors les règles de l'action paulienne qui pourraient s'appliquer pour les actes faits avant la période suspecte. Quant aux actes faits

après le dessaisissement par le failli, ils sont sans effet par rapport à la masse, le failli n'ayant plus l'administration de ses biens. Cette distinction consacrée par la loi de 1838 entre les deux classes de nullités fera nécessairement la division de cette étude, et un chapitre spécial sera consacré aux nullités des inscriptions de privilèges et d'hypothèques.

Au système français que nous venons d'esquisser on peut rattacher les lois de la Belgique et de la Hollande qui n'en diffèrent que par très peu de points. La loi italienne s'y rattache également par un certain nombre de points, mais on y trouve cependant quelques divergences qu'il est très utile de signaler dès maintenant. La date extrême de la cessation de paiements, nous est déjà connue. Le principe de l'action paulienne est rappelé dans l'article 696 par un renvoi à l'article 1235 de leur Code civil, qui distingue entre les actes onéreux et à titre gratuit.

Les nullités de droit sont admises, mais avec une extension bien moindre que dans le système français, on n'y vise que deux catégories d'actes, les actes à titre gratuit, et les datations en paiement (art. 697). Les nullités facultatives forment pour ainsi dire le droit commun de cette période suspecte, mais toujours avec le droit réservé au tiers de prouver sa bonne foi (art. 697). Et pour terminer une présomption de fraude pour tous les actes faits dans les dix jours avant la faillite déclarée, présomption que vraisemblablement le tiers est fondé à détruire.

La loi allemande de 1877 comporte des nullités de droit et des nullités facultatives. Ces dernières forment pour ainsi

dire le droit commun. La plus grande partie des actes faits par le failli ne peuvent être annulés que si le tiers ne peut prouver sa bonne foi article 23, al. 1. La loi allemande présente cependant quelques particularités remarquables. Les actes à titre onéreux passés entre le failli et certains de ses parents d'un degré rapproché peuvent être annulés, s'ils ont été accomplis dans l'année précédant la faillite, à moins que le parent ne prouve que lors du contrat il ignorait l'intention du failli de léser ses créanciers, article 24, al. 2. Les garanties données à un créancier dans des conditions] où il n'y aurait point droit seront aussi annulées si le créancier ne peut se disculper d'avoir commis une fraude; même si elles ont été faites 10 jours avant la cessation des paiements, article 23, al. 2.

Les nullités de droit visent comme dans les dispositions de la loi française des actes à titre gratuit. Si ces donations sont faites à des tiers, elles doivent pour être valables, avoir été faites avant l'année de l'ouverture de la faillite, si elles sont faites à son conjoint par le failli, elles doivent précéder de deux ans l'époque de l'ouverture; toute garantie qui assurerait la restitution de la dot dans des termes non prévus au contrat est assimilée à une donation, article 25. Cela tient ainsi que nous le savons déjà aux étroites limites que la cessation de paiements ne peut dépasser. La loi autrichienne de 1884 est à peu près semblable il n'y a que quelques points qui diffèrent de la loi allemande. Tous les actes faits en fraude du droit des créanciers peuvent être annulés, s'ils ont été

passés dans les dix ans précédant la faillite, mais l'action doit s'intenter dans l'année de la faillite (art. 1). Il y a assimilation entre les actes faits après la faillite et ceux faits dans le temps voisin qui la précède ; quand le débiteur est déjà insolvable, on traite les tiers comme s'il y avait déjà faillite. Les nullités de droit visent également les dispositions gratuites ou les garanties accordées à un des époux pour la restitution de sa dot dans des termes non prévus au contrat, mais le délai est uniforme et fixé à un an dans le passé à partir de l'ouverture de la faillite (art. 3, al. 2-3-4). A part cela la nullité ne peut être prononcée que si le failli ne peut prouver sa bonne foi en concluant l'acte attaqué, article 3, articles 4-5 ; mais une disposition formelle de cette loi reconnaît le droit d'annuler sous les mêmes conditions des legs, successions dévolus au failli auxquels il renoncerait, ou les sentences rendues contre lui après son refus de se défendre (art. 12-13).

CHAPITRE DEUXIÈME

NULLITÉS DE DROIT

Caractères généraux.

L'article 446 du Code de commerce qui en contient la théorie est ainsi conçu :

« Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur, depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de ses paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque.

« Tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit ;

« Tous paiements soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement pour dettes non échues, et pour dettes échues tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce.

« Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées.

Ce sont bien là les caractères de la nullité de plein droit. La mission du juge est par suite toute simple : Il examine seulement la nature de l'acte, il en vérifie la date, et il doit prononcer la nullité sans se préoccuper de l'intention de celui qui a traité avec le failli. Fut-il assuré qu'il a agi avec la plus parfaite bonne foi, ne voulant aucunement tromper les créanciers il doit annuler l'acte? C'est une obligation que la loi lui impose.

Ces nullités sont bien rigoureuses; elles doivent donc être l'objet d'une interprétation limitative. Le juge doit rester dans les termes mêmes de l'article 446 sans pouvoir l'étendre à une situation analogue.

Quoique rigoureuses elles n'ont rien d'injuste. En somme on ne frappe que des actes gratuits, des donations ou le paiement de ce qu'il ne doit pas encore des garanties pour dettes anciennes, en un mot des avantages pour lesquels le failli ne reçoit rien. Or, le failli ne peut déjà plus payer ce qu'il doit.

Serait-ce juste d'autoriser quelques uns à conserver ce gain, alors que d'autres vont encore voir augmenter leur perte. Le failli agit frauduleusement, quant aux tiers ils peuvent être de bonne foi, mais quand l'acte sera annulé, s'ils ne font pas un bénéfice; ils ne perdront pas pour cela, ils manqueront seulement de gagner, or, entre ces deux situations, il n'y a pas d'hésitation, ces tiers avantagés doivent se voir primés par ceux qui ont réellement déboursé. Peut-être même c'est le bien d'un de ces créanciers qui a permis cette libéralité!

L'acte annulé ne le sera qu'à l'égard de la masse, ce

qui est que si le failli a déjà reçu, il devra rapporter, et que si la tradition ne s'était pas encore effectuée, il ne pourra même produire à la faillite pour le montant de cette promesse.

L'acte est donc maintenu à l'égard du failli, mais il ne pourra l'exécuter tant que la faillite subsistera ; revenu à meilleure fortune, le tiers serait fondé à lui en demander l'exécution. La nullité frappera les actes passés depuis la cessation de paiements et dans les dix jours qui la précèdent. En ce qui concerne les actes passés par le failli après la cessation de paiements aucun reproche n'est à faire au législateur, l'égalité entre tous ceux qui ont traité avec le failli rendait ces dispositions nécessaires, mais pour les actes accomplis dans les dix jours précédents, nous n'en voyons pas très bien les motifs.

C'est le tribunal qui détermine la date de la cessation des paiements, et ce n'est que lorsqu'il a sous sa main tous les éléments nécessaires. Aucune limite ne lui est imposée, on doit donc supposer qu'il la fixe au jour où elle est réellement intervenue, quand le failli n'a pu avec ses propres ressources payer ses créanciers. La veille, il était solvable et cependant le tribunal devra annuler certains actes accomplis avant la cessation des paiements.

Si encore le tribunal avait la possibilité d'admettre la bonne foi du tiers, mais non, il y a là une présomption absolue de mauvaise foi devant laquelle le juge ne peut que s'incliner.

C'est une véritable anomalie, car il ne faut pas oublier qu'il y a certaines faillites qui se produisent du jour au

lendemain, c'est surtout pour celles-là qu'apparaît toute l'injustice de la loi.

On pouvait concevoir ces dix jours dans l'ancien droit, car la faillite n'existait que si elle était notoire ; or, inconnue de tous, certains avaient pu surprendre des symptômes alarmants, et chercher à s'en retirer indemnes. L'annulation s'imposait, mais sous la loi actuelle, il nous paraît difficile d'en donner de sérieuses raisons.

Nous comprenons très bien l'antithèse que l'on fait entre le donataire qui s'enrichit et le créancier non payé qui peut-être sera conduit aussi à la faillite. C'est une situation malheureuse, mais qui ne nécessitait nullement cette rigueur absolue et sans contrôle, à l'égard de tiers qui avec la plus grande bonne foi ont pu consentir à être payés de dettes échues en marchandises ou autrement.

Dans son article 695 1°, le Code italien a supprimé cette période de dix jours ; et actuellement les projets du Conseil d'État et de la commission de la Chambre des députés sont d'accord pour supprimer les nullités des dix jours antérieurs. C'est une réforme dont on ne peut désirer que l'adoption par les législateurs.

Les actes énumérés par l'article 446 ne sont annulés que par rapport à la masse, il appartient donc seulement au syndic qui la représente ou à un créancier qui agirait en son nom d'intenter cette action. Et ils doivent l'intenter tant que la faillite dure ; ce qui est que si un concordat simple a été accordé au failli, personne ne peut plus intenter cette action en nullité. Il n'y a plus de masse et le syndic en rendant ses comptes a cessé ses fonctions,

les créanciers ne peuvent plus agir dans l'intérêt général. Quant au failli remis à la tête de ses affaires, il n'est point l'ayant-cause de la masse et il ne peut profiter des annulations prononcées en vertu de l'article 446, c'est l'opinion toujours adoptée par la jurisprudence (1). Certains l'ont critiquée en disant que maintenir ces actes s'ils n'ont pas été annulés c'est ne pas tenir compte du vœu de la loi, et c'est souvent empêcher le failli d'exécuter les engagements du concordat (2). Le failli n'a pas dû compter sur la révocation de ces actes pour exécuter le concordat il n'a pu compter que sur ses ressources propres ou le produit de son travail, et non sur une restitution qui pouvait être tout à fait aléatoire.

D'autres auteurs ont imaginé la théorie suivante. Ni la masse, il est vrai, ni le failli ne peuvent se prévaloir après le concordat des nullités de l'article 446, mais chaque créancier reprend individuellement l'exercice de cette action, et l'on se base sur un argument d'analogie tiré de l'article 517 Com., l'hypothèque de la masse survit au concordat, et l'on ajoute alors que le vœu de la loi est le maintien de toutes les garanties accordées à la masse, et qu'une simple modification se produira dans son exercice chaque créancier pouvant dès lors agir seul, quitte à en

1. Cass. requêtes, 30 juillet 1866, D. 1867. 1-38 et la note, C. d'Aix 23 août 1871, D. 1873-2. 225. Cass. requêtes 18 fév. 1878. D. 1878. 1-291.

2. Alauzet. *Commentaire du Code de commerce* sur l'art. 519, tome 6, 1^{re} partie. *le failli serait le cessionnaire de la masse*. Demangeat sur Bravard. Droit commercial. tome 5, p. 425, et 426, note 2, al. 2.

transférer le bénéfice aux autres (1). Les raisons ne sont cependant pas les mêmes. S'il y a maintien de l'hypothèque, c'est pour assurer l'exécution du concordat, et empêcher qu'en cas de deuxième faillite, des créanciers postérieurs ne viennent point primer les premiers créanciers qui n'ont pu toucher ce que leur avait promis le concordat. Or, dans l'espèce le syndic a eu le temps d'intenter l'action en nullité, et s'il en prévoyait une, il n'avait qu'à retarder le concordat. Ne l'ayant point fait il a donc pensé que les actes étaient réguliers, et pourquoi permettre d'y revenir ? Les créanciers sont aussi coupables que le syndic, pourquoi eux aussi n'ont-ils pas demandé l'annulation de ces actes ? Si le syndic a eu tort, qu'ils l'attaquent en responsabilité ! Les tiers cependant ne sont point désarmés, il leur reste toujours le bénéfice de l'action paulienne, et au besoin ils peuvent ne consentir qu'un concordat par abandon d'actif.

Les avantages de l'action en nullité de l'article 446 sur l'action paulienne se voient facilement.

L'action paulienne est l'action de droit commun, par laquelle les créanciers attaquent les actes frauduleux du débiteur. Elle peut être utile en cas de faillite, si le créancier ne pouvait se servir même au nom de la masse de l'article 446 ; mais à raison des nombreuses conditions auxquelles est subordonné son exercice, elle eut été le plus souvent insuffisante en cas de faillite.

1. Boistel. Récis de Droit commercial, n° 1051. M. Lyon-Caen. Précis de Droit commercial, tome 2. n. 2922. M. Rataud *Revue critique*, Tome 31, page 6 et s.

En effet le créancier qui l'intente doit prouver le préjudice que l'acte lui cause ; et il ne le peut que si l'insolvabilité du débiteur est notoire, à défaut une discussion dans les biens de son débiteur est nécessaire ; par l'article 446, toute discussion est inutile, on demande l'annulation de l'acte, quels que soient les résultats prévus de la faillite, même si elle donne cent pour cent. Delà tout créancier peut invoquer l'article 446 pourvu qu'il agisse au nom de la masse, et pour l'action paulienne ce ne peut être qu'un créancier antérieur à l'acte attaqué.

Le débiteur en agissant devait savoir qu'il créait ou augmentait ainsi son insolvabilité, on n'a rien à prouver de semblable contre le failli, l'acte tombera même s'il l'a fait à un moment où ses affaires étaient en parfait état, ce qui peut arriver dans une faillite inopinée, à raison de dix jours précédant la cessation de paiements. Quant à l'intention du tiers qui peut être nécessaire dans l'action paulienne elle est encore moins utile s'il y a faillite, l'acte tombe, par ce qu'il a été fait dans la période suspecte. Les différences ne sont pas moins grandes pour les effets de ces deux actions. L'acte attaqué en vertu de l'article 1167 du Code civil ne tombe qu'à l'égard du créancier qui en a obtenu l'annulation, tandis que le bénéfice résultant de celle prononcée selon l'article 446 (Com.) fera retour à la masse et tous les créanciers antérieurs ou postérieurs à l'acte annulé en auront leur part par l'augmentation de leur dividende.

En vertu de l'action paulienne, il serait impossible aux créanciers d'attaquer les garanties qu'un autre a pu ob-

tenir de son débiteur, ce dernier en les recherchant n'a fait qu'exercer son droit de s'efforcer d'être payé, c'est aux autres à en demander de semblables quand ils n'ont plus confiance dans leur débiteur. Il en serait tout différemment en cas de faillite ; le préjudice est évident pour la masse, et l'égalité est détruite.

On peut ranger dans trois catégories les actes énumérés par l'article 446 : 1° actes à titre gratuit ; 2° certains paiements ; 3° certaines constitutions de privilèges et d'hypothèques.

SECTION PREMIÈRE

Actes à Titre Gratuit.

L'article 446 dans son paragraphe 2, indique : « Tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit ». A prendre cet article à la lettre il ne comprendrait que les aliénations ; c'est une formule qui est restée en deçà de la pensée du législateur, qui a voulu frapper tous les actes à titre gratuit. Il y a même raison de décider, une renonciation à une succession opulente est tout aussi dangereuse pour la masse que l'aliénation d'un immeuble ou d'un objet d'art de grande valeur ; le patrimoine du failli se trouve toujours dépouillé sans recevoir la contre-partie de ce qu'il a abandonné. De plus l'article 446 se trouve complété par l'article suivant, qui

lui, ne vise que les actes faits à titre onéreux, aussi si l'article 446 ne s'applique pas à tous les actes à titre gratuit, tous les actes qui ne rentreraient pas dans la nature d'actes translatifs à titre gratuit échapperaient à toute annulation; c'est vraiment inadmissible. Dès lors les aliénations ou les constitutions à titre gratuit de droits réels autres que celui de propriété, tels que servitudes, usufruit, les renonciations à ces droits, les renonciations à successions, à legs, les remises gratuites de dettes, les cessions gratuites de créances, sont bien visées par l'art. 446 et en subiront toutes les rigueurs. Nous en connaissons déjà les raisons. Le patrimoine du failli est insuffisant pour rembourser ce qu'il doit, et il fait des libéralités!

Ce sont surtout ces libéralités qui sont dangereuses pour la masse, aussi elles sont annulées, même si elles précèdent la cessation de paiements, la loi a présumé qu'avant ce jour, le failli avait déjà conscience de l'embaras de ses affaires et appréhendé la faillite, il commet donc une fraude, l'acte doit tomber. A raison du grand préjudice causé à la masse par les donations, certains (1) ont proposé d'étendre encore les rigueurs de la loi, et d'annuler toutes celles faites soit dans l'année, soit dans

1. Thaller. *op. cit.*, page 395, voir également sur cette question l'art. 25 de la loi allemande de 1877, l'art. 3 de la loi autrichienne de 1884; mais la question ne se présente pas de la même façon à raison du délai préfixe que ne peut dépasser la cessation de paiements.

les deux ans ayant précédé la période suspecte. Nous ne verrions aucun inconvénient à l'adoption de cette proposition, mais nous la voudrions sévèrement réglementée et non pas telle qu'elle est proposée. Notamment nous ne voudrions point que la restitution des objets donnés put induire en perte le donataire ; il ne devrait jamais rendre que l'objet, non tel qui l'a reçu, mais tel qu'il se trouve en ses mains lors de la demande en rapport, ou la valeur reçue en échange sans jamais être tenu d'une perte par cas fortuits, ou même due à sa simple négligence, le tout restitué sans intérêts, à condition bien entendu qu'il n'ait pas détruit l'objet pour éviter une demande en restitution et nous ne soumettrions pas à cette disposition les donations pour cause de mariage, faites sans fraude. Ce serait une action paulienne dont l'accès et la réussite seraient plus faciles. En cas de plus value la masselui en tiendrait compte selon les principes du droit civil.

Donc tous les actes qui au fond ne s'expliquent que par l'idée de libéralité doivent être annulés en vertu de l'article 446 ; il est indispensable dès lors de ne pas s'arrêter à la forme ou à la qualification données, mais de voir la vraie nature de l'acte d'après l'intention des contractants.

Delà les libéralités faites sous le couvert d'actes à titre onéreux, de vente notamment ou de prêt seront nuls de droit (1), par contre certaines donations peuvent être de vrais contrats à titre onéreux, quand les charges impo-

1. Cassat. Req., 5 avril 1875. D. 1876-1-37.

sées sont sérieuses et l'équivalent de ce que l'on reçoit : ainsi les donations faites à un ami pour service rendu, à un domestique par son maître, à un commis ne seront des donations qu'en ce qu'elles sont supérieures à la cause qui les a motivées et ne devront être annulées que pour le surplus.

C'est une question d'appréciation pour les tribunaux. La donation pour n'être pas annulée doit être parfaite avant les dix jours, c'est-à-dire acceptée expressément et notifiée au cas où l'acceptation interviendrait séparément. C'est ce qui résulte de l'article 932 Code civil ; la donation ne peut avoir d'effet vis-à-vis du donateur qu'à cette condition ; et la notification étant faite pendant la période fixée comme suspecte, le donateur ne se trouve plus dans les conditions pour donner efficacement ; au contraire la formalité de la transcription d'une donation immobilière n'est point substantielle et peut intervenir pendant la période suspecte.

La plupart des législations étrangères prononcent la nullité de droit des actes à titre gratuit passés depuis la cessation des paiements. Les législations allemande et autrichienne ont cependant la particularité suivante. Article 25 loi allemande : sont contestables les dispositions gratuites faites par le failli dans l'année avant l'ouverture de la faillite en tant qu'elles n'ont pas pour objet des cadeaux d'usage ; le droit commun serait insuffisant, puisque nous l'avons déjà vu, la cessation de paiements est considérée comme ne pouvant exister avant les six mois qui précèdent la faillite. De plus les dispositions gratuites prises par le failli dans les

deux dernières années avant l'ouverture de la faillite en faveur de son conjoint, ainsi que la sûreté ou garantie donnée dans le même temps à un bien dotal ou à un bien de la fortune de sa femme légalement entré dans sa jouissance seront annulables à moins que la sûreté ou la garantie ne soient obligatoires en vertu de la loi ou d'une convention conclue avant ce temps. La loi autrichienne dans son article 3 énonce à peu près les mêmes dispositions, mais les donations ne peuvent être annulées que si elles sont faites dans l'année quel qu'en soit le bénéficiaire. Si le donataire est de bonne foi, il ne devra restituer que dans la mesure où il a été enrichi, loi allemande, article 30. al. 2.

Toutefois c'est ici le moment d'examiner une question très importante et qui a donné lieu à une multitude de solutions. Les constitutions de dot et autres donations en faveur du mariage sont-elles visées par l'article 446 et nulles de plein droit? Le donataire qui aurait été doté dans la période suspecte sera-t-il tenu de rapporter le montant de sa dot, malgré sa bonne foi? Pour bien résoudre la question il est important de connaître la nature de ces deux actes, et là la discussion est tout aussi vive. Sont-elles à titre onéreux ou à titre gratuit? La difficulté vient de ce que l'on y rencontre les éléments qui se voient dans les deux sortes d'actes. Pour la jurisprudence, pour certains auteurs, la donation en vue du mariage est un contrat à titre onéreux à l'égard de l'époux doté.

A l'égard du donateur, aucun doute n'est possible, l'acte est à titre gratuit. Il n'est point forcé de doter, quand même ce seraient ses enfants (artic. 204 du Code

civil, il ne reçoit rien en retour de ce qu'il donne.

A l'égard de l'époux doté, que ce soit le mari ou la femme, la question est plus délicate.

Ceux qui soutiennent que l'époux doté reçoit à titre onéreux invoquent les arguments suivants (1) :

1° D'après l'article 1547 Code civil ceux qui constituent la dot sont tenus à la garantie des objets constitués, or, c'est un des éléments du contrat à titre onéreux.

De ce que la garantie existe de droit dans les contrats à titre onéreux sans qu'il y ait utilité d'une stipulation spéciale, et qu'elle n'existe pas en général dans les donations, rien n'indique que la nature de la constitution de dot en doive changer pour cette raison. Il est loisible au donateur de stipuler la garantie pour une donation ordinaire comme de l'écarter dans une vente, et c'est toujours une vente. Sa garantie a été imposée par le législateur pour faciliter les mariages, et assurer une plus grande certitude à la donation dans la crainte que le désir de marier un enfant n'ait conduit ses parents à faire toutes sortes de promesses, quitte à ne pas les réaliser. Est-ce au do-

1. Voir pour la justification de la théorie soutenue ci-après au texte M. Lyon-Caen. *Droit commercial*, tome 2, p. 705. Demangeat sur Bravard, tome 5, p. 219, C. de Caen, 7 mars 1870. D. 1870-2-97 et note de M. Berthault. *Krug. Basse rev. crit.* 1859. t. 14, p. 257. Laurent. Demolombe. — En sens contraire Cass. Civ. 1847, D. 1847. 1-242. C. de Poitiers 1878. 21 août. Sirey, 1878. 2-257. Cass. Civ. 18 jan. 1887. Sirey 1887. 1-97, et note de M. Labbé Boistel. n. 944 Bédarride (*Traité du dol et de la fraude*, n. 1467).

nataire de se plaindre du surcroît de sécurité qu'il obtient.

On présente un deuxième argument tiré de ce que l'époux reçoit la dot pour supporter les charges du mariage. Il y a là une confusion évidente, ces charges imposées au donataire ne profitent pas au donateur et dès lors ne peuvent constituer le caractère onéreux de l'acte, puisque l'on n'y trouve pas cette utilité réciproque des deux parties. Les charges dérivent non de la donation, mais du mariage lui-même, et l'époux en est tenu qu'il reçoive une dot ou non ; le donateur lui-même n'a aucun moyen d'en surveiller l'exécution, ni de forcer le donataire à les remplir.

D'ailleurs ce qui détruit la théorie adoptée par la jurisprudence, c'est que ces donations sont aussi des actes gratuits ; elles le sont notamment pour le rapport, pour la révocation pour survenance d'enfant, pour la réduction quand elles dépassent la quotité disponible et en tant qu'une institution contractuelle empêche toute autre donation, par conséquent même une constitution de dot (1). C'est bien reconnaître qu'elles sont des actes à titre gratuit, il n'y a pas dans notre droit d'actes mixtes tenant et de la nature des actes à titre onéreux, et de la nature des actes à titre gratuit. Quand un acte est en partie à titre gratuit et à titre onéreux, il n'emprunte les règles des donations que pour la partie gratuite.

A l'égard du conjoint de l'époux doté, soit le mari, soit

1. Voir Cass, req. 14 décembre, 1885. Sirey. 1886. 1. 481. et la note

la femme, il est indifférent de savoir si la constitution de dot est à titre gratuit ou à titre onéreux. L'acte emprunte sa nature à celle de l'acte passé entre le donateur et le donataire : étant à titre gratuit vis à vis de tous deux, il ne peut changer de nature à l'égard du conjoint qui n'a pas été partie à l'acte. On le traitera comme s'il avait reçu de sa femme un droit susceptible d'être révoqué, ou un bien grevé d'hypothèque.

Ces donations par contrat de mariage sont donc des actes à titre gratuit ; comme tels elles doivent tomber sous l'application de l'art. 446 et être nulles de plein droit.

Il serait extraordinaire que le législateur ait visé toutes les donations sauf celles-là, or, ce sont les plus fréquentes qui puissent être faites par les commerçants en état de cessation de paiements et il est bien improbable qu'il n'y ait pas songé au moins pour les exempter de la règle générale. A l'égard des créanciers, ces donations ont le même inconvénient ; elles dépouillent le patrimoine du débiteur sans augmenter son actif ; elles sont donc tout aussi dangereuses pour la masse ; et la situation des créanciers qui réclament ce qui leur est dû légitimement est bien plus digne d'intérêt que celle des époux qui cherchent à conserver une libéralité, à laquelle ils n'avaient aucun droit.

L'argument qu'on tire de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales n'a rien à voir ici. Elle existe pour les époux qui ne peuvent changer le régime qu'ils ont adopté elle ne vise pas les biens, autrement il serait défendu aux tiers d'accepter les biens dont les époux voudraient se

débarrasser, et ceux qui ont acquis des droits bien avant le mariage sur les biens constitués en dot ne pourraient plus les exercer. Les hypothèques grevant les biens donnés en dot, les conditions imposées à ces donations tomberaient de plein droit, faute d'exécution juridique. Constituer une dot à ses enfants serait alors le meilleur moyen pour se dispenser de payer ses dettes. Ici il en est de même, la donation à son origine est affectée du vice qu'elle a été faite dans la période suspecte, si on l'attaque pour cette raison, elle tombera car l'acquisition n'a pu être faite que sous réserve soit des droits des tiers, soit des dispositions de la loi. La législation de l'Espagne les soumet à la même règle que les autres donations, c'est-à-dire qu'elles doivent être annulées (art. 880) ; En Allemagne la tendance est de considérer les donations contractuelles comme faites en exécution d'une obligation naturelle, et delà on n'appliquerait la nullité que si l'on rapportait la preuve de la fraude des deux parties. C'est au juge de voir si la libéralité ne dépasse pas les ressources du constituant ou sa situation de fortune (1). C'est également ce que l'on peut induire de l'article 3 de la loi Autrichienne ; où l'on n'annule que les dispositions gratuites auxquelles le failli n'est point tenu par l'usage. En Angleterre, il faudrait rapporter la preuve de la fraude des conjoints, à défaut elles sont maintenues, car on considère cette obligation des parents comme purement civile.

1. Thaller. *Op. cit.*, page 388, note 1.

SECTION DEUXIÈME

Certains Paiements

L'article 446, § 2 qui les vise est ainsi conçu : « Tous
« paiements soit en espèces soit par transport, vente,
« compensation ou autrement pour dettes non échues, et
« pour dettes échues, tous paiements faits autrement
« qu'en espèces ou effets de commerce. »

Nous suivrons la division du Code en commençant par les dettes non échues. Pour ces dettes aucune distinction en ce qui touche le mode de paiement, il est toujours nul, et les raisons ne manquent pas à l'appui. En payant ce qu'on ne peut encore lui réclamer, le failli fait une libéralité à son créancier, il n'en a pas le droit puisqu'il ne paie déjà pas ses dettes, il est de plus de mauvaise foi, car il sait qu'il est en état de cessation de paiements. Son action ne peut s'expliquer que par les désirs de soustraire son créancier à la loi commune du dividende, par un paiement anticipé ; quant au créancier ce paiement fait par un débiteur qui renonce à l'avantage du terme doit le surprendre, et il ne devait pas l'accepter, il a voulu se soustraire à la règle commune, il restituera ce qu'il a reçu, qu'il observe d'abord l'égalité entre tous les créanciers.

La loi est rigoureuse, puisqu'il y a là une présomption de fraude que le créancier ne peut combattre, il est donc

nécessaire de dire quand la dette sera échue. La dette échue est celle dont le créancier était en droit d'exiger le paiement quand elle a été acquittée ; dès lors qu'elle a été payée avant l'échéance, le paiement en est nul de droit, quand même cette échéance se serait produite avant la déclaration de faillite.

Certaines difficultés se sont élevées pour savoir si dans certains cas la dette pouvait être considérée comme échue ou non. Le failli avait acheté des marchandises payables à 90 jours. Avant cette date fixée pour le paiement et suivant un usage du commerce il paye en demandant l'escompte de 2 0/0, il faut voir là un paiement de dette non échue et l'annuler de droit. Cette demande d'escompte n'est qu'une faculté pour l'acheteur ; il a pu s'en servir dans le but de favoriser le vendeur ou en vertu d'une convention conclue depuis la vente et dans la période suspecte ; d'autant plus que là le paiement n'était pas exigible avant 90 jours : c'était la vraie date de l'échéance, et l'usage ou la tolérance ne peuvent permettre d'éluder la loi ; l'article 446 doit donc s'appliquer dans son entier (1).

Deux commerçants sont en relations suivies d'affaires, et ils conviennent pour s'éviter les ennuis et les frais d'envois répétés d'argent, que chacun d'eux ouvrira un compte à l'autre où entreront les marchandises envoyées, les valeurs recouvrées, et les paiements effectués ; le tout devant se solder par le paiement de la différence qui exis-

1. Paris, 28 juin 1877. D. P. 1879-2-200.

tera entre le débit et le crédit lors de l'arrêt du compte.

Certains articles de ce compte ayant été passés à l'occasion d'opérations effectuées dans la période suspecte, on s'est demandé s'il fallait appliquer l'article 446, et annuler de plein droit les opérations effectuées? Ces opérations ne peuvent rentrer dans les cas visés par l'article 446; car tant que le compte-courant n'est pas arrêté, il n'y a pas de dette; elle n'existera qu'au jour où il sera arrêté, et il y aura dette pour celui qui aura fourni le moins de remises; jusque-là toutes les opérations qui entrent dans le compte-courant sont des opérations parfaitement régulières, et faites en vertu du contrat originaire.

Ces remises ne sont point des paiements, et le solde ne peut être exigible qu'au jour où les parties voudront mettre fin au contrat, c'est alors que le paiement de la différence effectué en temps suspect pourrait tomber sous l'application des règles de la faillite.

Il en serait autrement pour le paiement d'un billet payable à dix jours de vue, qui aurait été effectué lors de la présentation ou avant l'accomplissement des 10 jours. Nous rentrons pleinement dans le cas de l'art. 446; en effet la dette n'est pas encore échue, le paiement est nul de droit, et il importe peu que les habitudes de commerce fassent généralement considérer ces billets comme payables à présentation: ces règles qui peuvent avoir été acceptées par les banquiers comme plus commodes à leur égard sont

1. Voir notamment arrêt de la C. d'Orléans du 26 juillet 1859. D. P., 1859-2-156.

sans effet vis à vis des tiers pour détruire les prescriptions de la loi, d'autant plus que dans ces cas les banquiers retiennent toujours un droit pour le délai qu'ils abandonnent. Il faut donc regarder cette retenue d'intérêt comme un véritable escompte et assimiler ces billets aux divers effets de commerce qui sont certainement frappés par l'art. 446 en cas de paiement avant l'échéance (1).

On s'est demandé si au cas où une lettre de change ayant été tirée, et la provision en ayant été faite avant l'échéance par le tireur qui vient ensuite à tomber en faillite, il y avait lieu de considérer l'envoi de la provision comme paiement de dette non échue et d'appliquer l'article 446. L'intérêt en est grand, si le tiré a accepté la lettre, il sera forcé de la payer, tout en se voyant retirer la provision, s'il n'y a pas acceptation, c'est pour le porteur qu'il y aura perte, comme au cas où le tiré insolvable aurait cependant conservé la provision pour acquitter la lettre de change.

Certains auteurs (1) ont pensé à appliquer l'article 446, et ont donné à l'appui les arguments suivants confirmés par une jurisprudence constante.

La dette n'est pas échue lors de l'envoi de la provision,

1. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, page 709. Cass 17. décembre 1850. D. P. 1851-1-29. C. de Toulouse 7 juin 1880, 9 mai 1882, C. de Amiens 12 mai 1882, *Journal des faillites*, dixième livraison, 1882, page 468, arrêt cassé pour vice de forme, 24 août 1884. D. 1885-5-283, après l'arrêt de Rouen, l'affaire revint devant la Cour ch. req. qui rejeta le pourvoi. Req. premier février 1888. D. 1888-1-213, et la note.

l'article 446 doit nécessairement s'appliquer, il vise toutes les hypothèses que l'on peut prévoir; ne pas l'appliquer ce serait accorder un privilège en dehors de la loi ou créer vis-à-vis du tiré ou du porteur un nantissement; ce que la loi défend; l'obligation consentie par le tireur de faire provision à l'échéance n'existe qu'à la condition sous-entendue qu'il ait la capacité de l'effectuer; aux termes de l'article 116 du Code de commerce il ne doit y avoir provision qu'à l'échéance.

Cette doctrine nous paraît bien rigoureuse, et nous croyons qu'il n'y a pas lieu à déclarer ici applicable l'article 446.

Le paiement de la lettre de change est un acte normal, usuel, la loi prend une foule de précautions pour l'assurer, en conserver l'effet à celui qui l'a reçu, et éviter des recours, or dans l'hypothèse que nous visons, elle y aurait complètement renoncé! Au moment où le tireur crée une lettre, il prend l'engagement soit envers le tiré soit envers le preneur que la provision existera à l'échéance, à l'égard des deux la dette existe, et c'est l'envoi de la provision qui en sera l'accomplissement, ce n'est donc que le paiement d'une dette échue. L'argument tiré de l'article 116 (Comm.) que la provision ne doit exister qu'à l'échéance, ne nous semble pas concluant. La loi définit ainsi la provision, elle existe, si « à l'échéance celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur ou à celui pour compte de qui elle est tirée ». Elle ne pouvait se placer qu'à l'échéance pour en donner la notion exacte, mais son vœu est au contraire qu'elle existe chez le tiré

sans effet vis à vis des tiers pour détruire les prescriptions de la loi, d'autant plus que dans ces cas les banquiers retiennent toujours un droit pour le délai qu'ils abandonnent. Il faut donc regarder cette retenue d'intérêt comme un véritable escompte et assimiler ces billets aux divers effets de commerce qui sont certainement frappés par l'art. 446 en cas de paiement avant l'échéance (1).

On s'est demandé si au cas où une lettre de change ayant été tirée, et la provision en ayant été faite avant l'échéance par le tireur qui vient ensuite à tomber en faillite, il y avait lieu de considérer l'envoi de la provision comme paiement de dette non échue et d'appliquer l'article 446. L'intérêt en est grand, si le tiré a accepté la lettre, il sera forcé de la payer, tout en se voyant retirer la provision, s'il n'y a pas acceptation, c'est pour le porteur qu'il y aura perte, comme au cas où le tiré insolvable aurait cependant conservé la provision pour acquitter la lettre de change.

Certains auteurs (1) ont pensé à appliquer l'article 446, et ont donné à l'appui les arguments suivants confirmés par une jurisprudence constante.

La dette n'est pas échue lors de l'envoi de la provision,

1. MM. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, page 709. Cass 17. décembre 1850. D. P. 1851-1-29. C. de Toulouse 7 juin 1880, 9 mai 1882, C. de Amiens 12 mai 1882, *Journal des faillites*, dixième livraison, 1882, page 468, arrêt cassé pour vice de forme, 24 août 1884. D. 1885-5-283, après l'arrêt de Rouen, l'affaire revint devant la Cour ch. req. qui rejeta le pourvoi. Req. premier février 1888. D. 1888-1-213, et la note.

l'article 446 doit nécessairement s'appliquer, il vise toutes les hypothèses que l'on peut prévoir; ne pas l'appliquer ce serait accorder un privilège en dehors de la loi ou créer vis-à-vis du tiré ou du porteur un nantissement; ce que la loi défend; l'obligation consentie par le tireur de faire provision à l'échéance n'existe qu'à la condition sous-entendue qu'il ait la capacité de l'effectuer; aux termes de l'article 116 du Code de commerce il ne doit y avoir provision qu'à l'échéance.

Cette doctrine nous paraît bien rigoureuse, et nous croyons qu'il n'y a pas lieu à déclarer ici applicable l'article 446.

Le paiement de la lettre de change est un acte normal, usuel, la loi prend une foule de précautions pour l'assurer, en conservant l'effet à celui qui l'a reçu, et éviter des recours, or dans l'hypothèse que nous visons, elle y aurait complètement renoncé! Au moment où le tireur crée une lettre, il prend l'engagement soit envers le tiré soit envers le preneur que la provision existera à l'échéance, à l'égard des deux la dette existe, et c'est l'envoi de la provision qui en sera l'accomplissement, ce n'est donc que le paiement d'une dette échue. L'argument tiré de l'article 116 (Comm.) que la provision ne doit exister qu'à l'échéance, ne nous semble pas concluant. La loi définit ainsi la provision, elle existe, si « à l'échéance celui sur qui elle est fournie est redevable au tireur ou à celui pour compte de qui elle est tirée ». Elle ne pouvait se placer qu'à l'échéance pour en donner la notion exacte, mais son vœu est au contraire qu'elle existe chez le tiré

lement des paiements par transport, le failli se dessaisissant d'une créance, mais ils circulent si facilement, il est si facile d'en retirer de suite l'argent qu'ils indiquent, que d'après les usages du commerce, ils jouissent de la même faveur que la monnaie.

Dans la catégorie des effets de commerce assimilés aux espèces il faut noter le billet à ordre, la lettre de change, que le failli les ait déjà dans son portefeuille ou qu'il les crée lui-même. La distinction que l'on cherche à faire entre les effets reçus par le failli et ceux qu'il crée, n'a aucune base dans la loi qui ne fait aucune distinction ; ne peut-on d'ailleurs tirer argument pour l'assimilation de ces deux cas de l'article 449 (Com.) qui en accordant seulement le recours contre le premier endosseur ayant connu la cessation de paiements semble bien admettre la validité de ces paiements (1) ? Les chèques rentrent sans le moindre doute dans cette catégorie, ils sont payables à vue et sont garantis par une provision, ils doivent encore plus que des lettres de change être assimilés à des espèces. Les bons tirés sur les banquiers ou les virements faits en banque doivent être assimilés aux effets de commerce. Par contre n'en feraient pas partie les récépissés délivrés par les magasins généraux. Ils donnent ce droit au porteur de disposer de la marchandise. Leur valeur est subordonnée aux fluctuations des cours, et le

1. Cass. 10 mai 1865, Ch. Civ. cassant un arrêt d'Amiens. D. P. 1865-1-230. Boistel, n. 250. *contra* Bédarride. *faillite*, tome I, n. 113 *bis*.

créancier ne la connaîtra qu'après la vente, il y a donc là une véritable dation en paiement, elle sera nulle de droit (1). Il en sera de même pour le warrant que le porteur du récépissé endosse ; ce n'est plus un paiement par un effet de commerce ordinaire ; en détachant le warrant le failli a affecté la marchandise portée au warrant comme garantie du paiement, de sorte qu'à défaut de paiement, le porteur fera vendre la marchandise, et sera certainement payé, il a ainsi obtenu un droit de préférence, un gage, c'est donc un cas tout différent du paiement en espèces ; mais si le warrant lui avait été endossé, il est assimilé dans ce cas à un effet de commerce et n'est pas visé par l'article 446 (act. 7 loi du 28 mai 1858). Des factures même acquittées ne sont pas des effets de commerce, elles ne sont pas considérées par l'usage du commerce comme de la monnaie courante, et le débiteur ne peut imposer à son créancier les ennuis et les frais d'aller toucher ailleurs que chez lui ce qui lui est dû. Il en serait ainsi des obligations ou actions au porteur et même de leurs coupons.

Ce ne sont point des valeurs de circulation d'après les usages du commerce, elles ne représentent pas des valeurs créées par le débiteur à l'occasion de ses opérations commerciales, et le créancier ne peut se voir imposer la nécessité d'aller toucher au siège social la valeur qu'elles

1. Cass. Ch. Req. 27 juin 1882. D. P. 1882-1-358. pour le warrant ; C. de Dijon. 29 juillet 1886. *Gaz. Palais*, janv. 1887 Supp. 2.

représentent (1), quant aux actions les fluctuations subites des cours doivent les faire assimiler aux valeurs dont la loi regarde comme dangereux pour la masse le paiement qu'elles servent à effectuer.

Seront donc nuls de droit les paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce, c'est-à-dire comme l'indique la première partie de ce paragraphe les paiements soit par transport, soit par vente, soit par compensation, ou autrement, pour que la fraude ne s'ingénie point à trouver des cas auxquels on n'aurait pas songé. Les raisons nous sont connues.

Paiements par transport. — Le failli transmet à son créancier une créance qu'il a contre un tiers. Le failli est libéré, et son créancier assuré du paiement. A part les exceptions qui ont été indiquées pour les effets de commerce cédés dans les formes usitées, toute cession de créance sera nulle, quand elle sera faite au créancier du failli, mais une cession faite à un tiers non créancier peut être valable, si elle est faite de bonne foi. De là seront annulés de droit les transports effectués par des remises de factures acquittées, d'actions ou d'obligations de Compagnies industrielles, de coupons échus, de reconnaissances du débiteur, les paiements effectués par le débiteur avec le consentement du failli.

Mais en supposant qu'une créance ait été cédée par le futur failli avant les dix jours de la cessation des paie-

1. Cass. Ch. Civ. 29 juin 1870. D. P. 1871-1-289, Paris, 14 janv. 1882. D. P. 1882. 2-132-133.

ments, on ne pourra l'annuler de droit sous prétexte que la signification voulue par l'article 1690 (Code civil) pour en saisir les tiers n'a été faite que depuis la période suspecte. C'est une formalité qui ne dépend point du failli, et l'article 446 ne les vise pas ; puisqu'il ne frappe que la convention qui l'a fait naître et non le mode de publicité, mais elle devra avoir été faite avant le jugement déclaratif.

Paielements par vente, ajoute l'article 446. Nous connaissons déjà l'espèce. Le failli doit, il envoie des marchandises à son créancier qui les gardera ou se paiera avec leur valeur, de toute façon le créancier est désintéressé. Souvent le créancier les aura reçus pour les vendre dans le but d'en compenser le prix avec sa créance, c'est un cas qui rentrera dans l'explication de la compensation. Il en serait de même si le vendeur les avait reçues avec l'ordre de les faire vendre par un courtier pour se payer avec le prix. La nullité sera prononcée quel que soit le but visé par le failli en envoyant les marchandises. Débiteur de la valeur d'un achat, il n'a pas le droit de renvoyer l'objet acheté et d'annuler ainsi le contrat pendant qu'il est en état de cessation de paiements. L'égalité doit exister entre tous les créanciers. Il en serait autrement comme il a déjà été dit pour les envois de marchandises faits par des commerçants en compte courant. C'est une opération indivisible qui a été prévue lors de la création du contrat.

Les paiements par compensation pour dettes échues ou non échues sont également défendus. La compensation conventionnelle est seule visée. Le failli est débiteur im-

médiate et créancier à terme de son débiteur ; ils conviennent ensemble de renoncer au bénéfice du terme, les deux dettes sont dès lors liquides et exigibles, et la compensation s'opère de droit. Les créanciers seront frustrés, aussi la compensation sera-t-elle annulée ? Le créancier viendra prendre le dividende qui lui revient et paiera le montant intégral de sa dette. Le paiement en marchandises aboutira généralement à une compensation des deux dettes, ce qui serait encore une nouvelle raison de l'annuler (1). Si c'est la nature de la dette qui empêche la compensation, la fraude est à craindre pour l'équivalence de la dette qui n'est pas de somme d'argent.

Quand l'obstacle tient au défaut de liquidité des dettes, il nous semble que la compensation ne peut se produire utilement, car elle tient encore à un accord de volontés ; la loi est formelle et repousse toute distinction (2) quoiqu'il soit certain que dans bien des cas, elle ira au delà du but qu'elle s'est proposé, et créera souvent des situations injustes. Cela tient d'ailleurs à la présomption absolue de fraude. Le créancier qui s'est ainsi fait payer contrairement au vœu de la loi, doit rapporter la chose même qu'il a reçue, il n'en doit la valeur qu'au cas où la restitution serait impossible, et la valeur se calcule sur celle de la chose au jour du paiement. Si cependant le créancier en agissant ainsi était de mauvaise foi, il pourrait être

1. C. de Poitiers, 27 mars 1884. D. P. 1886, 2, 17.

2. Voir note très détaillée de M. Labbé. Sirey 1877. 4. p. 241. sous arrêt Cass. Civ. 27 juin 1876.

tenu de la plus-value au jour de la restitution. La distinction entre la bonne et la mauvaise foi est donc très importante malgré la nullité absolue.

SECTION TROISIÈME

Constitutions de Privilèges et d'Hypothèques.

L'article 446 dans son paragraphe quatrième et dernier est ainsi conçu ; « Toute hypothèque conventionnelle ou judiciaire et tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ». Cette disposition fut une modification heureuse et un grand progrès sur celle du Code de 1807, qui dans son article 443 annulait toute hypothèque consentie après les dix jours précédant l'ouverture de la faillite, qu'elle intervînt pour une dette antérieure ou lors de l'emprunt ; aussi les commerçants dont les affaires devenaient mauvaises ne trouvaient pas de prêteurs et ne pouvaient éviter la faillite.

Les réclamations avaient été très vives, et lors de la discussion de la loi actuelle, on avait compris la nécessité de distinguer entre les hypothèques consenties dans ces deux situations bien différentes : pour garantir une dette déjà née, ou pour assurer une dette nouvelle.

En principe donc est valable l'hypothèque constituée lors de l'emprunt : est nulle de droit celle constituée le lendemain de l'emprunt pendant la période suspecte.

Ce système d'ailleurs était déjà admis du temps des romains, et le Digeste cite sous le nom d'Ulpien loi 10, § 13 *Quæ in fraudem creditorum*, livre 42, t. 8 ce fragment ainsi conçu : *Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hac actione tenebitur, ut est sæpissime constitutum.* »

La raison en est facile à comprendre. Au moment où le débiteur s'est obligé, le créancier a eu pleine confiance en lui, puisqu'il s'est contenté de la qualité de créancier ordinaire, en lui laissant le droit de disposer de son patrimoine ; or, quelque temps après, et ce, pendant la période que le tribunal a déclarée suspecte, il fait un nouveau contrat avec son débiteur qui lui donne une hypothèque sur ses biens, ou le saisit d'un objet mobilier. Le créancier se trouve par là avantagé, il a de fortes présomptions d'être payé en entier, et il ne donne rien en échange de l'avantage qu'il reçoit ; il cause préjudice à la masse, il verra son hypothèque ou son gage tomber sous l'action du syndic, et viendra comme les autres créanciers au marc le franc. En agissant ainsi, il a eu connaissance de la situation mauvaise de son débiteur il ne devait pas en profiter ; il sera ramené à la situation qu'il s'était créée lui-même lors du premier contrat, il n'y a là aucune injustice à annuler cette garantie postérieure, qui n'a jamais été la cause déterminante du contrat primitif.

Monsieur Bédarride (1) considère cette constitution intempestive comme un paiement. Si la dette n'est pas échue

1. Bédarride, *op. cit.*, n° 121.

lors de la constitution elle doit tomber, si la dette est échue, comme ce n'est pas un paiement en espèces ou en effets de commerce la sûreté doit s'évanouir. Cette explication est sans doute très ingénieuse; mais n'est certainement pas la vraie.

Écartons d'abord l'hypothèse de la dette échue, ou le créancier exigera son paiement, ou il fera une nouvelle convention en vertu de laquelle il accordera un nouveau terme à son débiteur et obtiendra soit un gage, soit une hypothèque.

L'hypothèque naîtra alors avec la dette, le contrat sera à titre onéreux, et les tribunaux l'apprécieront d'après l'art. 447 dont l'explication est proche. Ce sera une convention spéciale, il n'y aura pas de nullité de droit.

Où la dette n'est pas échue, et c'est si peu considéré comme un paiement que la loi annule toute hypothèque, quel qu'en soit le résultat, sans même s'en préoccuper. Si c'était un paiement, il n'y aurait annulation que pour ce que l'hypothèque aurait donné, il faudrait attendre les effets de la collocation : à quoi bon annuler l'hypothèque, si le rang du créancier ne lui permettait pas de venir en ordre utile. A force d'attendre, les délais pour intenter l'action en nullité se trouveraient souvent expirés.

Ce n'est que la garantie que donne le débiteur qui tombe sous l'application de l'article 446 ; celle fournie par un tiers est dans l'intérêt de la masse et ne pourrait être frappée.

Ne sont annulées que les garanties données aux dettes existant déjà. Le juge examine seulement et la constitu-

tion de la dette et celle de la sûreté; la date n'est pas identique il prononce la nullité; l'époque même où la dette aurait pris naissance est sans influence, que ce soit avant ou après la cessation de paiements. *A contrario*, l'hypothèque donnée lors de la dette est valable, c'est une question que nous examinerons en expliquant l'article 447.

Toute hypothèque conventionnelle. — La date seule de la constitution est visée, nullement celle de l'inscription qui est soumise à l'article 448.

Toute hypothèque judiciaire. — C'est annuler toutes celles résultant des jugements rendus dans la période suspecte, car à part l'exception visant les frais du jugement, l'hypothèque ne peut dater que du jour où il est rendu et le jugement en condamnant se borne à constater un fait; la dette étant antérieure, l'hypothèque judiciaire tombera. C'est une disposition qui ne peut être qu'approuvée, c'est surtout aux approches de la faillite que la collusion entre créancier et débiteur était à craindre. Les jugements de défaut sont si faciles à prendre. Les résultats paraissent exorbitants, un créancier peut être payé à raison de cette hypothèque et un autre ne pourra l'obtenir assez à temps selon la juridiction à laquelle ils auront dû s'adresser. Aussi quelques auteurs notamment M. Bravard (1) ont-ils voulu remédier à ce fâcheux état de choses par l'ingénieuse distinction suivante. L'article 446 ne devrait s'appliquer qu'aux hypothèques obtenues en vertu de juge-

1. *Faillites*, tome V, page 245.

ments rendus dans la période suspecte, si la demande a été introduite pendant cette période. Il n'est pas juste de rendre les créanciers responsables des lenteurs de la justice. Cette distinction est excellente, mais ne se base sur aucun texte. En présence de la généralité absolue de l'article 446 qui vise toutes garanties données pour dettes antérieures, toute distinction est impossible, il n'y a qu'à appliquer la loi.

Tous droits d'antichrèse ou de nantissement constitués sur les biens du débiteur. Le nantissement est ici pris dans un sens restreint, comme visant spécialement le contrat de gage. L'antichrèse est le nantissement d'une chose immobilière (voir notamment les articles 2085 à 2091 du Code civil). En tant qu'elle autorise le créancier à retenir l'immeuble jusqu'à ce qu'il soit désintéressé en totalité, et à imputer les fruits sur les intérêts et la valeur de sa créance elle est très préjudiciable à la masse. Les mêmes raisons que nous venons de voir pour annuler l'hypothèque qui naît bien postérieurement à la créance s'applique également à l'antichrèse ; c'est un nouveau contrat en vertu duquel un créancier obtient une garantie qui ne lui avait pas été donnée lors de l'obligation primitive, et pour laquelle il n'a rien donné au débiteur qui va faillir ; la fraude est évidente, l'égalité est rompue, il faut donc annuler l'antichrèse. Pour être opposée avec succès à la masse, il faudra qu'elle ait date certaine, mais la transcription à laquelle elle est soumise depuis la loi de 1855 n'étant qu'une mesure de publicité pourra intervenir jusqu'au jugement déclaratif.

Le gage est plus usité entre commerçants, il permet au créancier qui l'obtient de se faire payer de préférence à tout autre sur le bien mis en gage. On ne peut l'assimiler aux privilèges ordinaires qui, attachés à la qualité de la créance en vertu d'une disposition de la loi, ne sont pas visés par l'article 446, il dépend seulement de la volonté des parties. C'est une convention spéciale qui lui donne naissance et toute créance peut s'en trouver munie ; en un mot c'est une véritable hypothèque qui porte sur des objets mobiliers. Il était donc juste de l'assimiler aux règles que nous venons de voir. Une première question dont l'importance est grande est de savoir si le gage est civil ou commercial. Les formes de constitution varient en effet suivant sa nature (art. 2074 Code civil ou 91 Code de commerce). En le supposant constitué dans les formes exigées, s'il a été donné pour une dette qui existait déjà, il sera nul de droit, en effet le créancier n'a rien fait pour obtenir une sûreté spéciale, le failli n'en a reçu aucune nouvelle valeur, son seul avantage, c'est de voir retarder sa faillite, or, c'est cette combinaison que la loi veut déjouer. Le créancier en retire donc un avantage sérieux, au détriment de la masse, le gage sera annulé, et le créancier sera réduit à venir comme les autres au marc le franc.

Le gage sera valable quand il sera donné au moment même où la dette naîtra, en effet aucun préjudice n'est éprouvé par la masse, elle voit, il est vrai un bien disparaître de l'actif, mais en échange elle a reçu une contre-valeur ; sans elle le créancier n'aurait pas traité, on ne peut donc lui laisser sa qualité de créancier

et lui enlever son gage. Il suffit donc que tous deux soient d'accord pour constituer un gage quand le contrat est passé. Ce contrat suppose toujours un élément de fait, la réalisation de l'objet engagé. Cette réalisation doit nécessairement être faite avant le jugement déclaratif, mais si elle est faite dans la période suspecte, ne doit-elle pas être annulée, comme ayant pu tromper les créanciers sur les ressources de leur débiteur. Non, ce n'est pas cette réalisation qui est visée par l'article 446, mais seulement la convention de constitution du gage, comme il ne vise que la constitution d'hypothèque et non l'inscription. Cette réalisation en effet n'est que l'exécution d'une convention antérieure parfaitement valable ; il n'y aura donc pas lieu d'appliquer l'article 446. Une excellente preuve nous est donnée par ce qui existe en matière hypothécaire. La mise en possession de l'objet aux mains du créancier doit être assimilée à l'inscription. Sous l'empire du Code de 1807, l'inscription devait être faite avant la période suspecte sous peine d'inefficacité, et cette règle n'existant pas pour le gage, la jurisprudence appliquait la règle que nous venons d'indiquer. Lors de la discussion de la loi de 1838, on réforma la règle sur les inscriptions et l'article 448 la contient actuellement, en ce sens que les juges peuvent s'ils le veulent annuler toute inscription prise plus de 15 jours après la constitution d'hypothèque ; pour le gage, la règle ne peut être plus rigoureuse, et la mise aux mains du créancier dans la période suspecte sera valable, sauf le cas de fraude établie. Le créancier pour conserver son privilège ne doit pas se

dessaisir de l'objet reçu en gage, il aura cependant le droit de substituer un autre bien à celui précédemment reçu, mais à condition de n'abandonner le bien engagé qu'après avoir reçu celui qui doit le remplacer, sauf bien entendu le droit réservé à la masse de prouver que le nouveau est d'une valeur supérieure (1). Si le gage porte sur des meubles incorporels, le privilège ne subsistera que s'ils sont transmis d'après les règles qui leur sont propres et que si les créances cédées ont été signifiées au débiteur ou acceptées par lui. Cette vivification du privilège est tout-à-fait indépendante de l'acte constitutif, et même réalisée dans la période suspecte le créancier conservera son privilège, si l'acte constitutif est antérieur à la période suspecte, pourvu que dans ces deux cas l'accomplissement de ces formalités se soit effectué avant le jugement déclaratif.

En parlant du paiement de dettes échues au moyen d'effets de commerce, nous avons vu que le warrant négocié par celui qui dépose les marchandises aux magasins généraux donnait un véritable droit de gage, en assurant au cessionnaire un paiement certain par la marchandise qu'il représente, nous devons donc le traiter de même et l'annuler s'il intervient pour une dette préexistante.

En cette matière une fraude du failli bien facile à commettre est à craindre. Pour écarter l'application de l'article 446, il peut par son créancier se faire consentir un nou-

1. Alauzet, page 166 et s. n° 2518. Bravard, page 250 et la note.

veau prêt, et lui donner pour le tout une sûreté, le juge scindera l'opération, il annulera le gage ou l'hypothèque pour la dette ancienne, tout en les maintenant pour la nouvelle, à moins qu'il n'acquière la preuve que la deuxième créance est insignifiante et n'est là que pour masquer la véritable opération, ou que cette nouvelle dette n'est que fictive, auquel cas il annulera le tout en vertu de l'article 447 (1).

A raison de l'interprétation restrictive de l'article 446 les hypothèques légales et les privilèges ne pourront être frappés de nullité de droit. Il faut avouer d'ailleurs que les raisons font complètement défaut. Il est difficile de supposer que le commerçant devienne tuteur ou même se marie dans le but de frustrer ses créanciers, l'hypothèque en plus naît lors de la tutelle, ou lors de la célébration du mariage, pour certaines créances lors de l'obligation, elle existe donc avant la dette on en même temps, et l'article 446 ne peut les concerner. Malgré cela pour ne pas trop dépouiller les créanciers, en cas de faillite les articles 563 et 564 restreignent les droits de la femme tant au point de vue des biens grevés d'hypothèque que des créances garanties. Au sujet de l'hypothèque légale de la femme mariée se pose une question très importante relativement à la subrogation consentie par la femme à un créancier de son mari, nous examinerons cette question sous

1. Cas. Requêtes. 13 août 1883 D. 1884-1-207. Poitiers 1. 20 avril 1885. D. 1886-2-6.

2. Cour de Nancy. 19 mars 1879. D. 1880-20-1

l'article 447 en voyant si une hypothèque consentie lors d'un emprunt pendant la période suspecte n'est pas soumise à certaine dérogation du droit commun.

Les privilèges non plus ne peuvent être frappés par l'article 446, nous ne parlons pas bien entendu de l'acte d'où ils dérivent qui reste soumis au droit commun.

Les raisons sont les mêmes; de plus la volonté de l'homme n'y est pour rien, ils naissent par la volonté de la loi, à raison même de la créance qu'ils garantissent, la masse n'a rien à reprocher soit au failli soit au créancier.

Rien de plus exact pour les privilèges des co-partageants, du vendeur d'immeubles ou ceux de l'article 2101 du Code Civil. Cependant la faillite modifie l'exercice de certains, depuis la loi du 12 février 1872, le bailleur voit son privilège fortement restreint quant aux créances qu'il garantit d'ordinaire, et le privilège du vendeur d'effets mobiliers est tout-à-fait détruit en cas de faillite (550 Cod. de Com.)

CHAPITRE TROISIÈME

NULLITÉS FACULTATIVES

L'article 447 qui les vise est ainsi conçu. « Tous
« autres paiements faits par le débiteur pour dettes
« échues, et tous autres actes à titre onéreux par lui pas-
« sés après la cessation de ses paiements et avant le
« jugement déclaratif de faillite pourront être annulés,
« si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont
« traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la
« cessation de ses paiements. »

Cette nullité vise tous les actes que le débiteur peut faire, tous ceux qui n'ont pas été indiqués par l'article 446 ; mais ces actes sont moins dangereux pour la masse, le patrimoine a reçu quelque chose en échange de ce dont il se dépouillait, on ne pouvait donc annuler l'acte dans les mêmes conditions que celui qui grève la masse, sans qu'elle reçoive rien en retour ; il était difficile aussi de laisser les actes à titre onéreux sous les conditions du droit commun, c'est-à-dire de l'action paulienne, comme nous le verrons par la comparaison des résultats qu'elle donnerait avec ceux de la nullité de l'article 447, trop d'actes préjudiciables à la masse eussent été maintenus. Cette nullité de l'article 447 doit pour être prononcée, réunir

les conditions suivantes : 1° Il est hors de doute que l'acte attaqué doit causer préjudice à la masse, pas d'intérêt, pas d'action.

2° Connaissance de la part du tiers de la cessation des paiements c'est une question de fait, que les tribunaux seront chargés d'apprécier, mais ce sera le syndic qui sera chargé d'en apporter la preuve.

Le tiers en traitant malgré la connaissance qu'il possède de la cessation de paiements commet une faute, car il sait que par là il rompt l'égalité que la loi veut voir entre tous les créanciers, il n'y a pas d'injustice à lui faire rapporter ce qu'il a reçu. Et comme conséquence, on ne pourra attaquer que des actes faits depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la cessation des paiements. Avant, le tiers n'est pas repréhensible, s'il agit ; son acte ne pourrait tomber que sous l'application de l'action paulienne, s'il commet une fraude.

3° Quoique la preuve que le tiers a eu connaissance de la cessation des paiements soit rapportée par le syndic, les juges ont encore la faculté de ne pas en prononcer l'annulation.

Le peu d'importance du préjudice, la régularité de l'acte, la bonne foi des parties, sont une raison suffisante pour permettre aux juges d'user du pouvoir d'appréciation que leur donne la loi (1). Il est bien certain qu'un

1. Cour d'Orléans, 1^{er} février 1882, D. 1883-2-64. — Cour de Lyon, 10 juin 1881. D. 82-2-192. Ce pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté par l'arrêt de la Ch. des Req. du 29 mai 1883 D. 1884-1-150.,

banquier qui a fait de grandes avances à son débiteur, et en reçoit des remises par effets ou marchandises, ne les verra point annuler, alors que surtout, le failli opérerait comme au temps où ses affaires étaient bonnes. Certains auteurs se sont demandé si quand les juges reconnaissent que le tiers avait connu la cessation des paiements du failli, ils ne doivent pas annuler l'acte sans pouvoir user de leur droit d'appréciation. Cette question a surtout été soutenue pour les paiements de dettes échues, et nous l'étudierons longuement avec cette catégorie d'actes, mais dès maintenant nous pouvons dire que l'art. 447 ne permet aucune hésitation, les mots : « pourront être annulés », assurent bien que les juges ont la liberté absolue d'appréciation, la discussion qui a précédé l'adoption de cet article tel qu'il est, en est une nouvelle preuve ; certains députés ayant proposé son remplacement par le mot « devront » l'ont retiré après la discussion à laquelle il donna lieu.

La demande de nullité des actes à titre onéreux faits dans la période suspecte peut être dirigée non seulement contre celui qui a traité avec le failli, mais encore contre le sous-acquéreur ; à la condition, bien entendu, qu'on apporte contre lui la même preuve que l'on devrait apporter contre l'auteur principal. Si l'acte est à titre onéreux, et qu'on ne prouve pas contre lui qu'il a agi connaissant la cessation des paiements, l'acte sera certainement maintenu, sauf recours contre son auteur, s'il était prouvé qu'il lui a passé le bénéfice de l'acte dans le but de se soustraire à toute demande révocatoire.

Il est facile maintenant de nous rendre compte des différences qui existent entre les deux sortes de nullités pour les actes antérieurs au jugement déclaratif de faillite. Les nullités de droit ne visent que les actes gratuits, ou quelques actes suspects qui leur sont assimilés à raison du grave préjudice qu'ils causent à la masse, les nullités facultatives visent au contraire les actes habituels, qui sont une suite naturelle et nécessaire de la profession de commerçant, paiements, obligations, aliénations, etc. A raison même de cette différence importante, les conditions pour réussir dans l'annulation des actes de la deuxième catégorie devaient être plus nombreuses; au lieu de cette nullité qui s'impose au juge, même s'il est assuré de la bonne foi du tiers, il a la liberté la plus absolue quand même on lui rapporterait la preuve de l'infraction commise en connaissance de cause à la règle de l'égalité entre tous les créanciers. La durée de la période suspecte ne devait nécessairement pas être la même (1).

Nous avons comparé les avantages que donnait l'action en nullité de l'article 446 sur l'action paulienne, il est utile de voir aussi ceux qui peuvent résulter de l'action de l'article 447.

La masse n'aura pas à prouver comme pour l'action paulienne, la fraude du débiteur ; en cas de faillite, il est présumé avoir connu qu'il était en état de cessation de paiements ; la simple preuve de la connaissance de cette cessation de paiements suffit contre les tiers, tandis que

1. Bravard. *op. cit.*, page 259 et s. Boistel. *op. cit.*, n. 954 et s.

l'action paulienne exige qu'ils aient connu l'insolvabilité du débiteur.

Les paiements peuvent être annulés sous cette condition ordinaire de la connaissance de la cessation des paiements; au contraire ils seraient inattaquables par l'action paulienne, le créancier a reçu ce qui lui était légitimement dû, chaque créancier ayant le droit d'être payé dès qu'il se présente (argument d'analogie des articles 808 et 809 C. Civ.); tandis qu'en cas de faillite, la loi veut l'égalité entre tous les créanciers, si certains sont payés alors qu'ils savent que le débiteur ne paie déjà plus, ils rapporteront ce qu'ils ont reçu, c'est au débiteur à déposer son bilan quand il sent que ses ressources ne lui suffisent plus. La masse entière profitera de l'annulation par l'augmentation du dividende, tandis que le bénéfice qui résulte de l'action paulienne sera tout entier pour le créancier antérieur à l'acte annulé, qui attaque l'acte passé en fraude de ses droits (1). Ces conditions générales établies, voyons les actes qui sont visés par l'article 447.

« Tous autres paiements faits par le débiteur pour dettes échues » ce sont même les paiements en espèces ou en effets de commerce. Certains auteurs notamment MM. Bédarride et Alauzet se sont demandé et sont d'avis que dès que le tribunal a la preuve que le créancier a reçu son paiement tout en connaissant que son débiteur ne

1. M. Lyon-Caen. *opus. cit.*, n° 2774 et s.

paie déjà plus, il doit l'annuler sans pouvoir se servir de sa faculté d'appréciation.

Dans l'espèce, le préjudice est certain pour les créanciers qui vont se trouver privés de la part contributoire à eux dévolue sur les biens qui ont servi au paiement. Accorder au tribunal le droit de les maintenir, c'est aller à l'encontre de la loi, qui s'est proposé d'empêcher qu'entre les victimes d'un même désastre, certaines pussent échapper à toutes ses conséquences, en aggravant le sort des autres.

De plus en payant après la cessation des paiements, le failli commet un délit, auquel s'associe le créancier puisqu'il est bien au courant de la situation de son débiteur (1).

Cette distinction pourrait se défendre, mais l'interprète ne peut l'admettre car elle n'a aucune base dans la loi ; mettre les paiements et les autres actes à titre onéreux dans la même règle, c'est bien dire qu'il n'est possible de faire entre eux aucune différence (2). De plus les paiements peuvent faire partie d'un acte complexe. Le débiteur paie pour obtenir livraison de marchandises, achetées précédemment ; dire que le tribunal devra nécessairement annuler ces paiements ne serait-ce pas engager les créanciers assez forts ou qui ont obtenu des garanties à retarder le plus possible la déclaration de fail-

1. Bédarride, *op. cit.*, n° 119. Alauzet. n° 2526.

2. Cass. Requêtes, 20 mars 1878, D. 1879-1-69. Cass. Requêtes 26 juillet 1880. D. 1880-1-366.

lite, assurés qu'ils sont en faisant remonter assez loin la période suspecte, de faire tomber une quantité de paiements effectués par le débiteur ? C'est alors que la faillite n'emporterait plus l'égalité pour tous.

Au cas même où le créancier ne voudrait pas recevoir, n'est-ce pas le droit du débiteur de lui faire des offres et d'en déposer le montant dans les caisses publiques. A quoi serviraient tous ces frais ? Dans le projet actuel de la réforme de la loi des faillites celui du gouvernement adopté par la commission de la Chambre dans son article 479 annule de droit les paiements reçus en connaissance de la cessation des paiements, dans le but de mettre fin à l'appréciation des tribunaux, d'autres projets émanés de cours ou de tribunaux rejettent cette annulation obligatoire du paiement des dettes échues. Les raisons qu'en donne la cour d'Amiens sont notamment les suivantes. Le débiteur peut avoir intérêt à faire offres réelles de ce qu'il doit, et en supposant un créancier hypothécaire qui après être payé quoique connaissant la cessation des paiements radie son hypothèque, avec la loi nouvelle, le tribunal devrait annuler le paiement, mais lui rendra-t-on son hypothèque ?

Le tribunal de commerce de la Seine (1) n'admet pas non plus cette innovation, qui ne répond en aucune façon aux besoins du commerce, ce paiement est un acte naturel, et il est bien rigoureux de refuser le paiement

1. Amiens, Rennes, discussion de la Cour d'Appel sur le projet de réforme de la loi des faillites. Tribunal de commerce de la Seine, *ibid.*

par respect pour les intérêts d'une masse dont l'existence n'a été révélée définitivement par aucune décision judiciaire, masse dont les droits sont à peine soupçonnés, dont l'importance est mal connue ; d'autant plus que ce fait même de payer atteste bien chez le débiteur l'existence de ressources disponibles. Ces raisons nous détermineraient à conserver aux tribunaux leur pouvoir absolu d'appréciation ; une seule exception est admise en ce qui concerne le paiement des lettres de change et billets à ordre.

« Et tous autres actes à titre onéreux ; » dans le but d'égalité que le législateur poursuit, il a pris une formule large de manière que les juges puissent annuler tous les actes qui seraient préjudiciables à la masse.

Ce seront les ventes dans lesquelles le failli aurait fait des conditions trop avantageuses, des achats que toute personne sérieuse trouverait exagérés eu égard à la situation de celui qui va faillir, les donations dans les cas exceptionnels où il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article 446, les constitutions de dot pour ceux qui les assimilent aux actes à titre onéreux, les remises faites en compte courant, envois de valeurs ou de marchandises (1), les novations par lesquelles l'ancien créancier serait substitué à un autre avec constitution d'hypothèque, les dettes nées de délit ou de quasi délit et acquittées dans cette période (2).

En ce qui concerne l'acte de partage des dissidences très

1. Lyon, 5 mai 1882. D. 83-22-35.

2. Cass. Civ., 19 mars 1883. D. 1884-1-28.

sérieuses s'élèvent entre la doctrine et la jurisprudence pour savoir s'il faut appliquer l'article 447 et l'annuler au cas où il serait effectué avec connaissance de la cessation de paiements.

Un point certain, l'acte de partage est un acte à titre onéreux, chaque co-partageant en échange du droit indivis qu'il avait sur les biens du défunt, reçoit un droit absolu de propriété sur les objets mis dans son lot; il peut donc être assimilé à un échange. L'argument que l'on peut tirer de l'effet déclaratif pour ne pas le soumettre à l'article 447 n'a aucune valeur, et n'empêche pas que chaque partie ne se dépouille d'un droit pour en acquérir un qui sera à l'abri de toute discussion. Le partage peut porter préjudice à la masse soit par une attribution de part moindre que celle qui devrait lui revenir, soit par un rapport qu'il ne doit point et qui lui est imposé soit par des prélèvements sans cause attribués à un autre soit en mettant dans le lot d'un autre les biens sur lesquels il avait consenti des hypothèques ou autres droits que le partage va faire tomber (1).

Ceux qui prétendent que l'art. 447 est inapplicable donnent à l'appui les arguments suivants : « l'art. 447 ne vise « pas tous les actes à titre onéreux indistinctement, mais « seulement ceux qui émanent de la volonté libre des « contractants et dont l'accomplissement n'étant pas imposé « par des circonstances préexistantes ont pour but de con- « férer aux tiers en faveur desquels ils interviennent des « prérogatives inattendues au détriment de la masse....

1. Demolombe, C. de Code civil *Succession*, tome 5, n. 225.

« Tout copropriétaire peut à tout moment demander qu'il
« soit mis fin à l'indivision, et il n'use en cela que d'une
« faculté que la loi lui confère, et les autres sont tenus de
« subir le partage ou la licitation. Or, ces deux propositions
« ne cessent pas d'être vraies à raison de ce fait que l'un
« des co-partageants a suspendu ses paiements, et que
« les autres connaissent sa situation, elle ne cesserait pas
« de l'être même en cas de faillite déclarée (1), l'art. 815
« repose sur des considérations d'intérêt général qui ne
« peuvent fléchir devant l'intérêt même collectif des cré-
« anciers de tel ou tel des ayant-droit. C'est donc que
« le partage échappe à toute critique et ne peut être in-
« firmé. Qu'elle utilité y aurait-il à reconstituer une indi-
« vision dont la loi désire la cessation, et mettre les par-
« ties dans la nécessité de reconstituer un nouveau partage ?
« La loi s'est préoccupée des intérêts des créanciers elle a
« pris des précautions pour qu'ils ne soient pas sacrifiés,
« et leur a tracé leur ligne de conduite dans l'article 882 ;
« s'ils ne s'y sont pas conformés, tant pis pour eux ! »

La réponse est facile ; l'art. 447 ne distingue pas — il vise tous autres actes à titre onéreux, faisant antithèse aux actes gratuits et à quelques actes à titre onéreux énumérés dans l'art. 446 ; et pour se soustraire à l'application de l'art., l'interprète ne peut pas créer une catégorie d'actes spéciaux ne rentrant ni dans la catégorie d'actes à titre

1. Voir notamment, Bédarride. *op. cit.*, n° 120 bis. C. de Colmar 1856, D. P. 56. 2457. et note de M. Levillain sous un arrêt du 17 mars 1879. D. P. 1881-2-225.

gratuit ni dans celle d'actes à titre onéreux — l'argument tiré de l'art. 882 qui ne permet pas aux créanciers d'attaquer un partage auquel ils n'auraient pas formé opposition ne peut pas non plus être invoqué avec succès. •

Il est certain que cet article empêche toute application de l'article 1167, mais déroge-t il aussi à l'art. 447. C'est ce que nous ne croyons pas. Au premier abord les raisons semblent être les mêmes, mais comme nous le savons il y a de nombreuses différences entre l'exercice de l'action paulienne et de l'action de l'art. 447. La loi commerciale voit avec une faveur très marquée les intérêts des créanciers commerciaux, en leur faisant des conditions tout-à-fait exceptionnelles — en leur permettant de faire annuler un acte par la preuve de la mauvaise foi, pourquoi dès lors se serait-elle départie dans ce cas spécial de ses règles ordinaires. Serait-ce parce que cet acte de partage peut être encore plus préjudiciable à la masse que tout autre !

Pour l'admettre, il faudrait autre chose que le silence du texte d'autant plus que l'art. 447 ne contient aucun renvoi semblable à celui de l'art. 1167. Civ.

C'est à cette deuxième théorie que nous donnerions la préférence, d'autant plus que, comme le fait très bien remarquer M. Demangeat, les tribunaux n'annuleront le partage qu'autant qu'il leur sera démontré que tous les autres co-partageants ont connu la cessation des paiements et que le partage est fait de telle sorte qu'il préjudicie à la masse, c'est justement le cas où ils méritent peu d'intérêt ! les créanciers d'un commerçant sont nombreux, dissé-

minés un peu partout ; rien de plus facile pour eux d'ignorer la succession échue à leur débiteur. C'est un des actes les plus dangereux pour la masse parce qu'il est le plus facile à faire, et ce serait le seul cas où la loi n'accorderait aucune protection (1) !

De même pourront être annulées en vertu de l'art. 447 les constitutions d'hypothèques, de gages ou d'antichrèses faites pour garantir des dettes contractées soit en même temps soit postérieurement ; l'article 447 est général et doit pouvoir s'appliquer à tous les cas ; mais nous reconnaissons que bien souvent les tribunaux devraient maintenir ces sûretés nées avec la créance, ou données en vue de créances futures. En effet si l'hypothèque est annulée, le créancier qui a fait des avances souvent à raison seulement de la garantie qui lui était donnée se verra frustré, en ce sens qu'il devra réaliser les fonds ou qu'il les verra perdus, et que pour les recouvrer il ne recevra de la faillite qu'un simple dividende. Il paraîtrait inique de diviser deux actes qui dans l'intention des parties étaient indivisibles, l'un étant la cause de l'autre. Ces raisons nous paraissent très sérieuses et nous croyons que les tribunaux en présence d'avances nouvelles et de garanties accordées pour leur remboursement, ne les annuleraient pas sur le simple fondement que le tiers a connu la cessation des paiements.

1. Voir en ce sens. M. Lyon-Caen, op. C. n° 2773 — Demangeat sur Bravard, page 265, note sous l'arrêt de C. de Bordeaux, 4 avril 1876, D.P.-79-2. 265. *Revue critique de législation*, 1879, Bounniceau Gesmon, page 449.

Car ces avances seront souvent le seul moyen accordé au commerçant d'éviter la faillite ; les défendre ce serait méconnaître le vœu de la loi qui cherche, il est vrai l'égalité entre les créanciers, interdit les actes qui assurent à certains créanciers une préférence à l'encontre de la masse, mais n'a jamais pu vouloir interdire les transactions faites de bonne foi par un commerçant qui même en prévision de la faillite et pour la prévenir, affecte ses immeubles à des engagements nouveaux destinés à lui procurer des ressources nouvelles; elles lui permettront de prévenir une crise commerciale et de continuer des opérations qui peuvent être profitables à ses créanciers (1).

Une autre raison pour ne pas les annuler se tire des modifications même que la loi de 1838 apporta à l'ancienne législation sous le Code de 1807, toute hypothèque était nulle de droit, actuellement on n'annule que celle donnée pour dette antérieure ; c'est que probablement la raison relevée dans l'arrêt de cassation ci-dessus rapporté, lui a paru déterminante à raison de nombreuses plaintes adressées par le commerce contre cette loi trop dure. Mais de ce que le législateur ne voit pas avec défaveur l'hypothèque constituée pour avances nouvelles, il ne s'ensuit point que le juge n'ait pas à étudier ces contrats de garantie ; souvent sous la forme d'avances nouvelles, peut se cacher une garantie de dettes anté-

1. Cassation, 1854, 8 mars. Req. D. P. 1854-1-151. Bédarride, *op.*, cit. n° 123 bis.

rieures, dans ce cas alors l'hésitation n'est pas possible ; l'annulation sera prononcée (1).

C'est maintenant le moment d'étudier si la subrogation que consent la femme du failli dans son hypothèque légale peut tomber sous l'application des règles générales de la faillite.

A raison de l'omnipotence du mari dans l'association conjugale, la loi a accordé à la femme un certain nombre de garanties destinées à sauvegarder ses droits et ses intérêts. Une des plus importantes est l'hypothèque que la loi accorde de droit à toute femme mariée pour assurer contre son mari à la dissolution du mariage, le paiement de ses reprises, des indemnités qu'elle a pu acquérir en s'obligeant dans l'intérêt du mari, ou pour le remploi de ses propres aliénés. Cette hypothèque générale porte une grave atteinte au crédit du mari, les tiers dans l'incertitude où les laisse l'importance des reprises que la femme pourra exercer un jour, traiteront difficilement avec le mari, ou tout au moins ils exigeront de lui des garanties sérieuses, or, la meilleure qu'ils puissent concevoir c'est d'empêcher la femme de venir exercer contre eux l'hypothèque qu'elle tient de la loi. Sans crainte de ce côté, les créanciers pourront contracter avec le mari. Ces raisons sont aussi vraies vis-à-vis du mari commerçant, malgré les dispositions du Code pour restreindre la portée de l'hypothèque de la femme. C'est surtout pour lui que cette

1 Ch. Req., 13 août 1883. D. 1884, 1, 207. Cass. Req., 17 mai 1887. *Gaz. du Palais*, 1887, 2^e sem. 445.

question prend de l'importance. Il n'a pas trouvé dans l'exercice de son commerce les résultats qu'il s'était promis, ses ressources diminuent, il craint la faillite, il possède bien des immeubles avec lesquels il pourrait donner un nouvel essor à ses affaires, mais personne ne veut lui prêter de l'argent, on craint que les reprises de sa femme, surtout si elle est riche, ne viennent absorber tout son actif, au cas où il se trouverait forcé de liquider sa situation. Il a cependant un moyen, sa femme s'obligera avec lui, et tous deux consentiront une hypothèque sur leurs biens ; ou la femme quoique s'obligeant seule s'engagera à ne pas exercer son hypothèque à l'encontre de ce prêteur.

Si, grâce à ces ressources nouvelles, le mari a pu donner un nouvel essor à son commerce, cette opération est parfaitement légitime ; mais si leur résultat n'a été que de retarder la chute finale, et que malgré ses emprunts ou l'obligation contractée par sa femme, la faillite soit déclarée, c'est alors qu'il faut connaître si la masse sera forcée de respecter ces combinaisons qui peuvent lui porter préjudice.

On peut concevoir deux façons pour l'intervention de la femme. Le mari était déjà obligé, mais sous l'appréhension de la faillite, le créancier exige des garanties. Au lieu de se faire consentir une hypothèque, qui d'ailleurs serait nulle d'après l'article 446, il demande à la femme de cautionner la dette de son mari, et de le subroger dans l'hypothèque que cette obligation va lui donner contre son mari. Ou bien tous deux, le mari et la femme

s'obligent envers le créancier et la femme renonce à son hypothèque en sa faveur.

Voyons le premier cas. La femme cautionne une dette antérieure du mari, et accorde la subrogation (1). Deux questions se présenteront dans cette première hypothèse.

La masse se verra-t-elle forcée de supporter cette hypothèque légale et la subrogation qui la suit et, 2° si la femme doit être privée de cette garantie sera-t-elle néanmoins obligée sur tous ses biens vis-à-vis du créancier. Nous supposerons que la femme au moment où elle cautionne la dette du mari n'avait aucune reprise à exercer, ou que la subrogation n'a porté que sur l'hypothèque qui naissait de l'engagement pris. Un point certain qui montre l'intérêt de la masse dans la question. La femme a dû payer la dette du mari, comme elle ne s'est obligée que dans son intérêt, elle a un recours contre lui, son hypothèque qui naît au jour de l'obligation garantit son recours. Si le mari est en faillite, la femme ayant payé, en vertu de cette hypothèque, viendra primer les créanciers du failli, et pourra absorber la totalité ou une partie importante de l'actif. Si au contraire la femme n'a pas désintéressé le créancier; en vertu de la subrogation consentie, le créancier produira comme créancier hypothécaire et la masse devra lui payer sa créance. Elle sera nécessairement frustrée, puisqu'elle n'a rien reçu comme

1 Au sujet de la nature, de la façon de consentir, des effets de la subrogation, voir une très remarquable étude faite par M. Beudant dans la *Revue critique* de 1866. Vol. 28, p. 39 et 210 et aussi Berthaud son *Traité de la subrogation*.

équivalent. Si l'hypothèque tombe, la femme ou le créancier ne viendront qu'au marc le franc, comme les autres créanciers. L'article 446 ne peut s'appliquer, comme nous le savons les hypothèques légales n'y sont point visées; de plus et c'est la meilleure raison, cette hypothèque de la femme est née au moment où la femme s'engageait; elle garantit une dette concomitante. La masse ne sera cependant point désarmée, elle en demandera l'annulation en vertu de l'article 447.

Cet article est général, il vise tous les actes à titre onéreux qui causent préjudice à la masse, mais l'annulation ne pourra être prononcée que si les juges constatent que le mari, la femme et le créancier connaissaient la cessation des paiements, la femme est intéressée au maintien de son hypothèque, puisqu'elle s'est obligée et l'hypothèque ne doit pouvoir tomber que si l'on prouve que la femme connaissait cette situation (1). Delà l'hypothèque légale tombant, la subrogation ne portera plus, et le créancier sera réduit aux seules garanties que la femme peut lui présenter. Dans l'espèce que nous visons, la mauvaise foi sera facilement prouvée, la femme ne s'est obligée que pour faire naître une hypothèque légale, car avant son engagement, elle n'avait aucune reprise à exercer sur les biens de son mari. Elle n'a pas voulu s'obliger sérieusement, elle s'est bornée à prêter son con-

1. Cass. 9 décembre 1868. Sirey. 1869. 1-117.

Cass. Req., 11 décembre 1876. D. 1877 1-359. rapport de M. Dumon. Nancy 19 mars. 1879. *J. Paluis*, 1879. p. 563.

En sens contraire, C. de Nancy. 1860. Sirey. 1861. 2-119.

cours à une fraude ourdie entre le mari et l'un de ses créanciers qui va ainsi obtenir son paiement intégral au détriment des autres créanciers. Cette fraude va certes contre le but de l'article 447 qui rêve l'égalité entre tous les créanciers du failli, l'hypothèque légale tombera parce que les parties ont voulu s'en servir contre le vœu de la loi.

Les tribunaux usant de leur pouvoir d'appréciation ont constaté que la femme avait connu la cessation des paiements de son mari et ont annulé l'hypothèque légale, la femme n'en reste-t-elle pas moinstenue vis-à-vis de son créancier, et ne pourra-t-elle pas être forcée de le rembourser, quoiqu'elle ne puisse retirer de la faillite qu'un simple dividende ? Quoique cette question ne rentre pas directement dans notre étude, il est bon d'en dire quelques mots qui seront le complément nécessaire de ce qui vient d'être dit de la subrogation. Certains ont écrit qu'en présence de cette nullité d'hypothèque, la femme ne pouvait être valablement obligée. Le mari, dit-on, ne pouvant lui-même disposer de ses biens ne peut valablement autoriser sa femme à disposer des siens ; ce sont les théories soutenues à plusieurs reprises dans les arrêts de Nancy de 1860. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I. n° 447 (1). On ne voit pas trop sur quels textes peuvent s'appuyer les partisans de cette opinion. Le failli n'est dessaisi de l'administration de ses biens que par le jugement déclaratif. Jusque-là il est pleinement capable ; et même après, il a toujours le droit d'autoriser sa femme à contracter. De

1. Coin. Deliste *Revue critique de jurisprudence*, t. 3, p. 221.

plus cette autorisation qu'il donne à sa femme ne concerne pas la faillite, puisqu'elle ne vise que les biens de sa femme, dès lors on se demande en quoi la faillite déclarée peut venir modifier une autorisation valablement donnée. D'autres ont soutenu que l'obligation de la femme devait être considérée comme nulle, mais ils se sont servis de raisons qui seraient plus convaincantes. Quand la femme s'oblige dans l'intérêt de son mari, la loi ne la considère que comme caution, et de ce fait lui donne un recours contre son mari, recours assuré par son hypothèque légale. Si pour une raison quelconque l'hypothèque ne peut s'exercer, ne doit-il pas s'ensuivre que l'obligation doit s'évanouir, la femme ne se trouvant pas dans les conditions de protection que la loi lui assure (1) ?

Où a-t-on vu que la loi n'admettait la validité de l'engagement de la femme que si son recours peut être efficace ? Quand le mari n'a pas d'immeubles, ou qu'ils sont hypothéqués au delà de leur valeur, l'engagement de la femme n'en est pas modifié : cette situation est bien la même, ne peut-on considérer la faillite, et la cessation des paiements comme frappant d'indisponibilité tous les biens meubles et immeubles du failli en ce sens qu'ils ne pourraient plus être affectés à un des créanciers au préjudice des autres par un acte gratuit ou par un acte accompli en connaissance de la cessation des paiements et respirant la fraude.

1. Bédarride n° 123, *ter. op. cit.*, C. de Nancy, 19 mars 1879. *Journal Palais*, 1879. 563. et note de Ortlieb, cet arrêt a été cassé par Cass. C. Civ., 27 avril 1881. Sirey, 1881. I. 393, et note de M. Labbé.

La femme doit considérer son mari comme n'ayant plus de biens, puisque ses dettes sont supérieures, et que ceux qui lui restent ont moralement une destination dont rien ne doit les détourner, et si malgré cela, elle consent à affecter à certains créanciers tout ou partie de ses biens dans le but de sauver la situation de son mari, elle doit savoir que c'est sans espoir de recouvrement autre que celui qu'elle aura de prendre un dividende, ou dans le retour de son mari à meilleure fortune.

On s'est servi aussi des art. 597, 598 Com. par lesquels sont annulés les avantages faits au créancier d'où résulte une charge à l'actif du failli; les raisons que nous connaissons déjà nous feront encore écarter cet argument; la femme ne viendra prendre qu'un dividende, où donc se trouve l'avantage pour le créancier à la charge de la faillite. L'avantage n'existerait que pour le créancier qui sera payé en totalité, mais la masse n'aurait jamais à payer qu'un dividende, il lui est indifférent qu'il soit attribué à la femme ou à tel autre créancier.

On a dit encore que la femme ne s'est obligée que parce qu'elle savait que son hypothèque légale assurerait son recours et qu'elle sortirait indemne. C'est une question d'intention que rien ne prouve, on oublie trop que la femme est de mauvaise foi. De quel droit viendrait-elle arguer de sa mauvaise foi pour demander et obtenir la nullité de son engagement?

Cette doctrine serait en tout cas bien dangereuse? Elle conduirait directement les commerçants à la faillite. Les

créanciers ne pouvant plus compter sur l'obligation ferme de la femme, ne voudront plus traiter avec le mari, ni consentir de délai.

Une troisième opinion, et c'est celle que nous acceptons, admet que bien que la femme ne puisse se prévaloir de son hypothèque légale pour l'indemnité de son obligation, elle n'en sera pas moins tenue sur tous ses biens vis-à-vis de son créancier; nous ne reviendrons pas sur les raisons qui motivent cette solution, elles ont été indiquées dans la discussion de l'opinion précédente. La femme s'est obligée en connaissance de cause, elle le fait à ses risques : il y a deux actes pour ainsi dire à considérer : 1^o l'obligation de la femme; 2^o la subrogation dans son hypothèque. Or, ces deux actes sont parfaitement divisibles et indépendants, le deuxième tombe, il ne doit pas entraîner l'annulation du premier, à moins que l'on n'apporte contre lui des causes de nullité de droit commun. Elles font défaut, puisque l'on ne se base que sur l'inefficacité du recours (1).

La femme ne cautionne plus une dette antérieure du mari. Ce dernier ayant besoin d'emprunter, fait intervenir sa femme qui le cautionne, et accorde la subrogation dans son hypothèque qui naît à ce moment même pour l'indemnité de cette obligation. L'hypothèque légale et la subrogation peuvent toujours tomber sous la rigueur de l'art. 447, mais les tribunaux prononceront rarement la nullité de cette opération (2).

1. Cass. Req. 18 avril 1887. D. 1887. 1. 155.

2. C. de Poitiers, 20 avril 1885. D. P. 1886. 2. 6.

On ne peut faire un crime au failli de chercher à éviter la faillite en amenant sa femme à s'obliger dans son intérêt; et tant qu'on n'alléguera pas une fraude bien caractérisée dans le but de frustrer les autres créanciers, la nullité ne sera pas prononcée. C'est une opération très régulière; la détruire serait méconnaître l'intention des parties; c'est une situation identique à celle que nous avons étudiée avec l'hypothèque conventionnelle constituée pour dettes nouvelles.

Il n'en est pas moins fâcheux que l'annulation de ces actes de la femme soit à la discrétion des tribunaux; des situations identiques pouvant amener des solutions différentes. Certains auteurs ont pensé qu'il serait bon puisque les réformes de la loi des faillites sont très étudiées d'en proposer une autre qui remédierait à cet inconvénient. L'hypothèque légale à partir de la cessation des paiements ne garantirait pas nécessairement toutes les créances que la femme peut acquérir contre son mari. Il faudrait distinguer entre les cas où elle naît sans tenir à la volonté de la femme, et ceux où c'est la femme qui la fait naître directement. Ainsi l'hypothèque qui garantirait les créances que la femme trouve dans une succession, un legs, une donation ou à l'occasion du remploi de ses biens aliénés ne pourrait être annulée, au contraire celle que la femme ferait naître en s'obligeant dans l'intérêt de son mari par caution ou autrement tomberait nécessairement sans avoir à prouver sa fraude. C'est une réforme éminemment désirable, et l'on ne peut que

souhaiter qu'elle soit proposée lors de la discussion de la loi (1).

Les législations étrangères présentent en regard du système que nous venons d'étudier quelques modifications qu'il est bon de connaître.

Voyons d'abord le système du Code italien.

Certains actes comme nous le savons sont nuls de droit, mais la grande généralité rentrerait dans la catégorie visée par notre article 447.

Pour ceux-là c'est-à-dire pour les paiements et autres actes à titre onéreux, l'article 696 du Code italien les soumet à l'application du droit commun en matière de fraude, quelle que soit l'époque où ils aient été passés, or les règles de cette fraude sont contenues dans l'article 1235 de leur Code civil, plus complet que notre article 1167, puisqu'il pose nettement une distinction pour l'annulation des actes gratuits et des actes à titre onéreux. Mais si ces actes ont été faits depuis l'époque de la cessation des paiements ; il y a présomption de fraude, que cependant le tiers attaqué pourra combattre. C'est à lui et non à la masse qu'est réservée la preuve ; dans cette catégorie rentrent les dations en paiement de dettes échues, les gages, anti-chrèses, hypothèques que le failli a constituées sur ses biens ; et aussi tous les contrats et actes commutatifs dans lesquels les valeurs données ou les obligations assumées par le failli, dépassent notablement ce qu'il reçoit en retour,

1. Note de M. Labbé sous l'arrêt de Cass. cité plus haut, 1881. Sirey. 1. 393. Thaller. *op. cit.*, p. 396, n° 116.

(art. 697); les paiements et tous les actes à titre onéreux en font nécessairement partie.

Les législations allemande et autrichienne présentent des modifications plus intéressantes. C'est l'application en grand de notre article 447, mais certains détails donnent un cachet tout particulier à cette législation. On exige toujours chez le tiers la connaissance de la suspension des paiements, il est d'ailleurs fondé à la combattre; ce sont les articles 22 à 29 de la loi allemande de 1877 qui sont le siège de la matière.

Toutes les obligations consenties depuis la demande de faillite ou la cessation de paiements par lesquelles le créancier obtient une garantie ou un paiement, peuvent être annulées aux conditions déjà vues, il en est de même de celles par lesquelles le failli obtient des sûretés ou des paiements qui n'avaient pas été visés dans le contrat, c'est le cas des dations en paiement ou garanties de dettes antérieures mais là elles pourront être annulées, même si elles sont faites dans les 10 jours précédents. Il n'y a pas de règles spéciales sur la fraude comme celles contenues dans notre article 1167, on peut attaquer tous les actes où le tiers contractant avec le failli connaissait son intention de léser ses créanciers. Mais on trouve une disposition ingénieuse et dont on ne peut que recommander l'adoption.

La faillite en général ne peut permettre d'attaquer un acte fait au delà des six mois qui la précèdent; cependant tous les contrats à titre onéreux conclus entre le failli, ses parents et ceux de son conjoint à un certain de-

gré ou ses amis tomberont, s'ils sont faits dans l'année qui précède l'ouverture de la faillite, sauf preuve de la part de l'ami de son ignorance de l'intention qu'avait le failli de léser ses créanciers, disposition éminemment pratique et qui empêche le failli de détourner facilement son actif avec la complicité de ses parents, nous connaissons aussi les rigueurs de la loi pour toutes les donations faites par le failli à son conjoint ou les garanties de restitution qu'il accorderait après coup pour la dot ou les biens dont il a l'administration ; il est bien évident que dans ce cas les difficultés que nous avons vues dans le système français pour les garanties que la femme peut avoir quand elle cautionne son mari, ne peuvent pas se poser, elles ne seront valables dans aucun cas.

Dans la législation autrichienne depuis la loi de 1884 les actes se divisent en trois catégories ; pour les actes gratuits, aucun doute n'est possible, l'intérêt des créanciers prime tout ; les actes à titre onéreux faits en fraude pourront être annulés, quant aux autres pour lesquels on ne rapporte pas de preuve de fraude, ils pourront cependant être annulés s'ils ont été faits dans un temps voisin de la faillite, à condition que le débiteur fut déjà en état d'insolvabilité.

Par ce que nous avons déjà dit au cours de cette étude, il est facile de voir que le défaut du système allemand consiste dans l'impossibilité de reporter la faillite au delà d'un certain délai, et c'est là qu'apparaît toute l'importance des actes passés par le failli avec ses parents. Une opération

faite par le failli ou toute obligation qu'il contracte ne peut tomber que si le préjudice qu'en éprouve la masse existait au moment même où elle est née, autrement, l'acte est valable ? l'inconvénient en est très grand, et les conséquences bien dangereuses pour la masse.

A la règle de l'article 447 dont le développement vient d'être présenté, il y a lieu de citer une exception très importante en ce qui touche l'acquittement des effets de commerce. Elle est contenue dans l'article 449 ainsi conçu. « Dans le cas où des lettres de change auraient « été payées après l'époque fixée comme étant celle de « la cessation de paiements et avant le jugement déclara-
« ratif de faillite, l'action en rapport ne pourra être in-
« tentée que contre celui pour compte duquel la lettre de
« change aura été fournie.

« S'il s'agit d'un billet à ordre, l'action ne pourra être
« exercée que contre le premier endosseur. Dans l'un et
« l'autre cas, la preuve que celui à qui on demande le
« rapport avait connaissance de la cessation de paiements
« à l'époque de l'émission du titre devra être fournie. »

Voici l'hypothèse. Une lettre de change avait été tirée, ou un billet à ordre souscrit, et ils sont payés pendant la période de la cessation de paiements ; en droit commun celui qui a reçu le paiement aurait dû le rapport à certaines conditions énumérées dans l'article 447, et l'article 449 a précisément pour but de dispenser du rapport les tiers porteurs payés dans cette période.

Quelques conditions indiquées par l'article 447 sont maintenues, c'est la faculté laissée aux tribunaux de pro-

noncer la nullité, c'est la nécessité de la connaissance de la cessation de paiements, l'élément nouveau qui est apporté à l'article 447, c'est le moment où la connaissance de la cessation de paiements est nécessaire, c'est aussi la personne qui sera tenue du rapport.

Cette exception a été créée par la loi de 1838, et les raisons en sont graves. Forcer le tiers porteur à rapporter eut été dans bien des cas consacrer une grande injustice. Le tiers porteur a reçu la lettre moyennant une valeur qu'il a fournie à son endosseur immédiat ; et quand l'échéance arrive, il doit présenter la lettre au tiré, le billet au souscripteur et en demander le paiement ; s'il n'est payé, le lendemain même il doit faire dresser un protêt, et dans un certain délai notifier aux endosseurs, le défaut de paiement. S'il n'agit pas ainsi il est déchu vis-à-vis des endosseurs, et quelquefois vis-à-vis du tireur.

Quand le tiré ou le souscripteur veulent payer à l'échéance, le porteur ne peut le refuser, il est tenu d'accepter. Ayant été désintéressé, il n'a pas pu faire dresser un protêt ; et si on le forçait au rapport, il serait déchu de tout droit de recours ; or, il n'a jamais traité avec le tiré, il a fourni à son endosseur une valeur, il ne pouvait donc être assimilé aux créanciers ordinaires du failli. On aurait pu, il est vrai, détruire cette déchéance ; en admettant même que la loi en ait suspendu l'effet, que le porteur obtienne un certain délai à partir du jour où la cessation de paiements est définitivement fixée pour exercer son recours, qui l'aurait restitué contre l'insolvabilité des divers endosseurs survenue bien après le paiement ?

Le forcer au rapport c'eut été amoindrir le crédit dont jouissent les effets de commerce. Tout commerçant est en quelque sorte sous le danger d'une faillite et le commerce n'eut accepté que difficilement ces effets en paiement. Mais de plus c'est le tireur ou le bénéficiaire que l'on peut considérer comme payés lorsque le porteur l'a été, il est censé avoir agi comme leur gérant puisque non payé, il pouvait recourir immédiatement contre eux. Ainsi donc le tiers porteur payé à l'échéance en espèces avant le jugement déclaratif n'aura point à souffrir de la faillite, quand même il aurait connu la cessation des paiements.

L'action sera donnée contre celui « pour compte de qui la lettre de change aura été fournie » c'est-à-dire pour le tireur ou pour le donneur d'ordre, qui est vraiment le créateur de la lettre et pour le premier endosseur ou bénéficiaire, en cas de billet à ordre car ce sont eux qui réellement ont été désintéressés quand le porteur a obtenu son paiement, ce sont eux qui étaient créanciers du tiré ou du souscripteur, ils ne pourraient pas être les seuls à s'exonérer de la faillite ; ils subiront l'égalité comme tous les autres, en rapportant et en venant prendre un dividende.

Dès lors on ne pouvait exiger que l'on rapportât contre eux la preuve qu'ils connaissaient la cessation de paiements du tiré au moment du paiement effectué au porteur : du jour où ils avaient négocié la lettre, leur rôle était terminé.

Aussi on devra prouver contre eux cette connaissance à l'époque de l'émission du titre. Le preneur en a été

saisi effectivement à ce moment, dès lors si la lettre était valeur en moi-même c'est lors de la négociation de la lettre, que cette connaissance serait nécessaire ; pour cette raison, on peut signaler une certaine *inelagantia juris* dans les dispositions de la loi ; quand la lettre est créée par un tireur pour compte, le donneur est dessaisi par l'ordre donné, et régulièrement, il aurait fallu exiger à ce moment la connaissance de la cessation des paiements.

Par les conditions qui sont nécessaires il est facile de voir que cette preuve pourra se faire rarement ; et le tireur sera en général à l'abri de toute attaque.

Supposons que le titre n'ait point circulé, il est présenté par le tireur ou le bénéficiaire qui est payé ; il ne connaissait point la cessation des paiements lors de la création du titre, et aucune fraude n'est alléguée contre cette création, faut-il appliquer l'article 449. L'opinion générale est que l'article 447 est seul applicable. Les motifs de la loi font défaut, il n'y a rien à craindre à raison des recours possibles (1). Et cependant il est si facile de faire présenter par un tiers porteur un billet souscrit dans ces conditions qu'il est difficile d'y reconnaître une fraude ; les termes de la loi sont de plus très généraux elle a visé l'émission, et non pas la négociation ne serait-ce pas une raison pour douter de la solution admise par tous ?

1. En ce sens M. Lyon-Caen, n° 2781, Bravard, p. 279 note 1. Cass. D. 15 mai 1867 D. P. 1867, 1. 417-422, et la note, en sens contraire MM. Lepoitvin et Delamarre, *C. d. Droit Commercial*, t. 6, p. 151 et s.

Supposons au contraire que la lettre ait circulé, qu'à l'échéance le tiré n'ait point payé ; le tiers porteur fait dresser un protêt et recourt contre ses endosseurs ou contre le tireur ; peu après il est payé soit par le tiré avant la notification faite aux endosseurs, soit par un des endosseurs, soit par le tireur, en un mot par un d'eux étant en état de cessation de paiements, et il a connaissance de leur situation.

Faut-il encore appliquer dans ces différentes espèces l'article 449 ?

Cette question est très controversée et tient à la rédaction ambiguë de cet article. Dans un premier système adopté maintenant par la Cour de Cassation, la presque unanimité des autres juridictions et quelques auteurs (1) on décide que l'article 449 ne peut s'appliquer que lorsqu'il n'y a pas eu de protêt ; s'il a été fait on rentre dans l'article 447. On présente à l'appui les arguments suivants : le tiers porteur ayant fait dresser le protêt, ne se trouve pas dépourvu de tout recours ; et l'article 449 n'a été fait qu'en prévision de cette seule hypothèse ; le recours peut cependant être impossible. Le tiers porteur ayant été payé quelques jours après le protêt sans l'avoir dénoncé aux endosseurs, ou même en ayant conservé son recours, si ceux qui lui doivent le remboursement sont devenus

1. Cassat. civ. 18 déc. 1865 ; J. P. 1866, 369. Cass. Civ. 15 mai 1867. J. P. 1867. 481, note de M. Pont. Paris. 7 juin 1877. D. 1878. 2. 170 Cass. déc. 1879, Sirey 1880. 1. 158 Boistel, n° 957. Thomas, *op. cit.*, p. 162 et suiv.

insolvables. Est-il juste que ce soit lui qui en subisse la perte ?

On ajoute que l'article 449 dans le système contraire ne sera jamais applicable. Notamment si c'est le tireur ou le bénéficiaire qui ont remboursé, personne ne pourra réparer le préjudice que le maintien du paiement causera à la masse. Le tireur en supposant que ce soit un endosseur qui ait remboursé ne peut connaître les noms des divers endosseurs et par conséquent fera défaut la condition imposée par l'article, qu'il ait connu lors de l'émission du titre la cessation de paiement de l'endosseur qui a remboursé ; c'est donc rendre inapplicable cette disposition dans des cas assez nombreux.

Une autre opinion (1) soutenue par un très grand nombre d'auteurs consiste à dire que l'art. 449 doit s'appliquer dans tous les cas sans distinguer entre le cas où un protêt aurait été dressé, et celui où il n'en aurait pas été fait sans se préoccuper aussi de l'auteur du paiement. On ne trouve aucune raison de distinguer dans le texte de cet article ; d'ailleurs il a soulevé des discussions assez longues et assez complètes pour que les rédacteurs aient pu employer d'autres expressions si réellement ils avaient voulu faire la distinction qu'on suppose. Il est bien certain que la discussion s'est surtout faite en visant le cas

1. M. Lyon-Caen. *op. cit.*, 2^e vol. n° 2781. Alauzet, *op. cit.*, n° 2540 et s. Demangeat et Bravard, p. 272 en note. Renouard, M. Ralaut. *Revue critique*, t. 28-1866, page 489. Cassation avant les arrêts indiqués plus haut.

du paiement avant protêt ; mais cela tient uniquement à ce que le projet de loi ne prévoyait pas cette exception due à un amendement présenté au cours de la discussion, l'auteur donnait nécessairement à l'appui les arguments les plus probants, mais une autre raison qui fut indiquée aussi au cours des débats, c'est le désir d'assurer le crédit et la circulation des effets de commerce par des garanties toutes spéciales. On a voulu dans ce cas sacrifier la masse des créanciers quoique bien intéressante, à un intérêt supérieur, l'intérêt général du commerce.

« Pour cela il fallait que le tiers porteur qui a reçu, ne
« soit jamais obligé de restituer, sans qu'on ait à voir s'il
« avait conservé ou non un recours, si celui contre qui
« l'action est dirigée n'est pas l'une des personnes dési-
« gnées par la loi, qu'il fut ou non de bonne foi ; qu'il eut
« en réalité ou non fait protester et exercé son recours
« contre le précédent endosseur ; qu'il ait reçu du tiré
« lui-même ou de tout autre contre lequel il a pu agir
« utilement et qui soit tombé en faillite, ces circonstances
« ne peuvent être prises en considération ; il ne peut être
« assujetti au rapport. »

C'est aussi l'idée soutenue par M. Renouard qui a pris une part active à la discussion de l'amendement présenté.

L'argument est surtout frappant quand la lettre circule de pays en pays le dernier endosseur non payé s'adressera à celui qui est le plus proche, et dès qu'il sera désintéressé, il ne pourra plus recourir contre les autres ou contre le tireur ; et l'on rentre très bien dans les raisons de l'art. 449. L'argument tiré de la possibilité du recours

de celui qui rapportera tombe; il a peut-être été payé à une époque où il se trouvait encore dans les délais pour sauvegarder ses droits; son recours n'est donc pas possible mais en le supposant, les endosseurs précédents pourront-ils le rembourser? Dès lors les critiques tirées de ce que c'est donner un sens spécial au mot paiement et contraire à la supposition ordinaire des articles 171, 173, 179 Code comm., et l'injustice qu'il y a à maintenir un paiement reçu de mauvaise foi tombe complètement; il n'y a d'ailleurs rien d'extraordinaire, l'art. 447 est une dérogation importante au droit commun qui valide les paiements même reçus en connaissant l'insolvabilité de celui qui paye, et l'art. 449 nous ramène directement à l'application du droit commun.

On a encore présenté contre cette théorie l'argument suivant querefuser toute distinction, c'est permettre aux débiteurs de créer des privilégiés contre la loi, en soustrayant au rapport les créanciers qu'ils paieront en lettres de change. Ce sera une fraude qu'il sera souvent facile de démontrer, et l'article 449 ne pourra pas s'appliquer pour cette raison.

En raison des inconvénients que présentent ces deux théories, ou de méconnaître des situations dignes d'intérêt, ou d'avantager des créanciers de mauvaise foi, on a proposé (1) l'ingénieuse théorie suivante. L'article 449

1. M. Labbé, en note de l'arrêt de décembre 1865. J. P. 1866. p. 369. M. Beudant en note de l'arrêt du 15 mai 1867. 27 novembre 1867. D. 1867. 1. 417.

sera toujours applicable au paiement fait par un signataire de la lettre au porteur, au paiement intervenu entre personnes qui n'ont pas contracté l'une envers l'autre ; au contraire il serait inapplicable au paiement intervenu entre personnes liées entre elles par une cause antérieure à la création ou à la cession du titre, entre personnes pour lesquelles l'effet négociable a été le moyen de terminer une affaire antérieure. La loi ne vise que celui pour le compte duquel la lettre est fournie, mais ce peut être aussi bien un endosseur ; chaque endossement est une nouvelle lettre de change que le preneur précédent, devenant tireur à son tour tire au profit d'un nouveau preneur ; à chaque endossement il y a émission. La faillite de celui qui paye a recours contre celui au nom de qui celui qui reçoit touche le montant de l'effet.

Si le tiré a payé, ses créanciers ne pourront pas demander le rapport au porteur, mais au dernier endosseur, si lors de la cession par lui faite il connaissait la situation du tiré ; et ainsi de suite.

Le preneur comme le tireur est en faute d'avoir remis en circulation un titre contre un tiré qu'il sait devoir être bientôt déclaré en faillite. Si le porteur recourt contre un endosseur, ou ce dernier est cédant immédiat du porteur, et alors la faillite aura une action en rapport contre lui, ou il n'est pas le cédant immédiat du porteur, le porteur sera dispensé du rapport, il est tiers porteur, et la loi de l'égalité ne l'atteint pas, mais l'endosseur aurait une action en remboursement contre celui qui lui a passé le titre.

Cette théorie a le défaut de nécessiter une série de distinctions qui n'ont pas de raison d'être d'après les termes de l'article 449 ; on ne trouve aucune trace dans les travaux préparatoires que même elles aient été proposées, de plus en supposant un endosseur recourant contre l'endosseur précédant de deux degrés celui qui exerce son recours, l'intermédiaire étant insolvable, la faillite de l'endosseur attaqué ne pourrait-elle pas venir opposer les mêmes moyens que son cessionnaire à elle aurait pu opposer, et dans ce cas toute la distinction proposée serait inutile. Il nous est donc impossible d'accepter cette théorie.

En présence de ces divergences il serait à désirer que le projet de réforme visât ce point spécial. L'exception apportée à la règle de l'article 447 est certainement à maintenir ; mais on pourrait peut-être dès qu'il n'y a pas eu paiement à l'échéance dire que le porteur pourrait être tenu de rapporter sous la condition qu'il ait connu la cessation de paiements.

A ce moment il aurait pu conserver son recours à raison du non-paiement effectué au jour même fixé par la lettre.

Les législations étrangères ont sur ce point le même système que celui de notre article 449. La loi allemande dans son article 27 décide que « si le failli a payé des lettres de change, il n'y aura pas de recours contre celui « qui aura reçu, si en vertu du droit sur la lettre de « change ce dernier était obligé à l'acceptation du paiement sous peine de perdre ses droits contre les autres

« endosseurs, le prix payé devant être restitué par le
« dernier sur qui l'endos donne recours. »

De même dans la loi autrichienne, article 8. « Le
« paiement de la lettre de change ne peut être répété
« contre le récepteur, il serait exposé à perdre ses droits
« contre les autres co-obligés pour n'avoir pas reçu. »

Le Code italien article 699 calque à peu près notre article 449.

Une autre difficulté s'est élevée sur le point de savoir si certains jugements ne pouvaient pas tomber sous l'application de l'article 446 ou de l'article 447. Jusqu'au jugement déclaratif les créanciers peuvent poursuivre leur débiteur, mais au cas où un jugement passé en force de chose jugée a été rendu contre lui, devra-t-il être exécuté tel qu'il a été rendu, ou la déclaration de faillite ne pourra-t-elle avoir contre lui un effet rétroactif comme pour d'autres actes dont les articles 446 et 447 nous donnent l'énumération ? La question s'est posée notamment pour des jugements validant des saisies-arrêts. Le résultat est que le tiers saisi ne peut se libérer qu'aux mains du créancier opposant, et que par là ce dernier va recevoir son paiement, alors que tous les paiements faits depuis la cessation des paiements peuvent être soumis au rapport. Il en serait de même en cas de jugement validant des offres faites par le débiteur ou des productions et des collocations. Un point certain, si le syndic trouve que le jugement a été rendu par suite d'une connivence frauduleuse entre le failli et le créancier, la tierce opposition lui est accordée mais au cas où la fraude

n'existerait pas, ou serait difficile à prouver, le syndic n'a-t-il aucune autre voie de recours ? Certains avaient pensé à appliquer l'article 446 ; le créancier n'est pas payé par son débiteur immédiat, mais par un tiers débiteur du failli, qui lui doit ; et on considérerait ce paiement comme paiement par transport et nul de droit, s'il est fait depuis la cessation de paiements ou dans les 10 jours qui précèdent.

Cet article 446 était inapplicable, « il ne vise que les
« paiements effectués de gré à gré par le failli, et au pro-
« fit de tel ou tel créancier choisi par le failli lui-même,
« mais non pas les opérations judiciaires qui ont lieu à
« la suite de poursuites régulièrement exercées par les
« ayant-droit ; car d'une part on ne peut suspecter la sin-
« cérité d'opérations qui s'accomplissent au grand jour
« contre le gré de celui à qui l'on réclame, et sous le con-
« trôle de l'autorité judiciaire. D'un autre côté les pour-
« suites individuelles étant recevables jusqu'au moment
« de la déclaration de faillite, les actes d'exécution accom-
« plis suivant les formes légales doivent être inattaqua-
« bles ». D'autant plus que la disposition de l'article 446
est toute exceptionnelle, et doit être interprétée limitati-
vement. L'argument tiré de l'annulation de l'hypothèque
judiciaire ne peut être admis, d'abord l'hypothèque est
désignée d'une façon certaine, et cela se comprend très
bien à raison des inconvénients qu'elle présente par sui-
te de sa généralité.

On a cherché aussi à appliquer l'article 447 et l'on a
donné à l'appui les raisons suivantes : « L'art. 447 sup-

pose établi que la cessation de paiements du futur failli était connue du tiers qui a bénéficié des opérations accomplies au moment de leur réalisation; la loi de l'égalité a été enfreinte sciemment; il n'est pas juste que celui qui a agi en connaissance de cause, et qui est en faute de n'avoir pas fait déclarer la faillite au lieu de procéder isolément pour la sauvegarde de son intérêt propre recueille ainsi le profit au détriment de la masse. La loi intervient et montre une grande circonspection. Les tribunaux ont toute latitude, pourquoi ces jugements qui sont tout aussi dangereux pour la masse ne pourraient-ils tomber comme les autres actes volontaires? L'égalité se trouve aussi bien atteinte! Les juges peuvent aussi avoir été trompés par les faits qu'on leur a présentés, et ils n'auraient pas validé la saisie-arrêt, si on leur avait montré la cessation de paiements du débiteur.

L'argument prouve sans doute qu'il eut été très désirable de les assimiler aux actes prévus par l'article 447, mais non pas que la réalisation en ait été faite. L'article 447 ne vise cependant par les termes mêmes dont il se sert que des actes dans lesquels le débiteur a figuré comme contractant; or de ce qu'il a été partie au jugement, il est difficile d'en induire qu'il y ait consenti volontairement, et qu'il se trouve dans les conditions indiquées par le texte; l'article 447 comme il a été déjà dit bien souvent est une disposition exceptionnelle et ne peut s'appliquer que dans les cas vraiment prévus; et non dans ceux qui n'y rentreraient que par une interprétation très large.

Le danger de fraude ici est peu à craindre. Le magistrat intervient dans l'acte ; et il ne se décidera qu'après un examen sérieux ; et c'est encore le lieu d'appliquer ce que nous décidions précédemment. Jusqu'au jugement déclaratif toutes les poursuites individuelles sont permises, il serait bien dur d'annuler celles qui ont été faites par un créancier qui s'est borné à user de son droit et qui a compté sur la protection des règles ordinaires de justice. La fraude dans ces cas est facile à démontrer elle résultera de l'attitude du failli, et le syndic la démasquera par les voies de recours qui sont mises à sa disposition, mais en l'absence d'un texte précis il est difficile de lui en accorder d'aussi exorbitantes (1).

1. Pour appliquer l'article 447. Voir Paris 18 août 1860. D. P. 1860. 5. 174. C. d'Orléans. 25 novembre 1879. Bordeaux, 17 mars 1879. D. 1881. 2. 225. des arrêts sont rendus surtout dans des questions de fait. Bédarride Demangeat. En sens contraire. M. Lyon-Caen. Levillain en note D. P. 1881. 2. 239. et Cass. Ch. Civ. 21 décembre 1881. Sirey. 1882. 1. 202.

CHAPITRE QUATRIÈME

NULLITÉS DES INSCRIPTIONS DE PRIVILÈGES ET D'HYPOTHÈQUES

Nous avons vu que les créanciers pouvaient se faire consentir de leur débiteur avant ou pendant la période suspecte des hypothèques : il fallait nécessairement leur donner le moyen de l'opposer à tous, et leur permettre de l'inscrire, puisque cette inscription était comme la vivification du droit lui-même, et indispensable pour que le droit puisse être opposable aux autres créanciers. En principe, il fallait donc décider que cette inscription pourra être prise jusqu'au jour du jugement déclaratif. Après, les droits de chacun sont fixés, et nul ne pouvait avoir le droit de les méconnaître ou de s'avantager au détriment des autres. Mais il y avait également un grand écueil à éviter ; tout en autorisant le créancier à inscrire l'hypothèque qu'il avait obtenue, il ne fallait pas lui laisser la liberté de l'inscrire selon son bon plaisir, laissant passer un certain nombre de mois entre la date de la constitution et celle de l'inscription. Les hypothèques doivent être rendues publiques, les créanciers s'assurent souvent du crédit que peut avoir leur débiteur, ils consultent notamment les registres des conservateurs des

hypothèques avant de traiter avec lui. Ne voyant aucun droit acquis sur ces biens, ils lui font crédit, augmentent leur découvert, et sont tout étonnés d'apprendre quelques jours avant la faillite que le crédit de leur débiteur était factice, que ses biens étaient grevés depuis longtemps de nombreuses hypothèques occultes, qui ne se sont révélées qu'à l'approche de la faillite. Laisser impunie cette fraude c'eût été s'en rendre complice et engager les débiteurs de mauvaise foi à ne prendre même plus de ménagements pour tromper leurs créanciers et dissiper leur actif.

Dans le but de déjouer ces opérations frauduleuses, et de compléter les garanties qu'il a accordées aux créanciers du failli, le législateur a pris les excellentes dispositions suivantes. C'est l'article 448 qui les contient :

« Les droits d'hypothèque et de privilège valablement
« acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement
« déclaratif.

« Néanmoins les inscriptions prises après l'époque de
« la cessation de paiements ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles, s'il s'est écoulé
« plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif
« d'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription.

« Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq
« myriamètres de distance entre le lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'inscription sera
« prise. »

Cette disposition de l'article 448 fut une heureuse innovation. En vertu de l'article 2146 du Code Civil, les inscriptions des privilèges et des hypothèques n'avaient

aucun effet, si elles étaient prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites étaient déclarés nuls ; or, le Code de 1807 dans son article 443 portait que nul ne peut acquérir privilège ou hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. De sorte qu'aucune inscription ne pouvait être valablement prise dans cette période : les hypothèques consenties dans un temps voisin se trouvaient par là dépourvues d'effets. C'était aller trop loin dans la voie de la rigueur, et confondre en quelque sorte deux faits bien distincts, l'acquisition du droit et l'accomplissement d'une formalité qui le complète et en est la conséquence nécessaire.

Cette annulation de plein droit est désormais impossible ; le créancier aura toujours une certaine période pour inscrire son hypothèque. On a voulu comme l'a déclaré le garde des Sceaux lors de la discussion de la loi laisser à la justice la faculté d'annuler s'il y a connivence ou même simple complaisance de la part des créanciers hypothécaires pour faciliter le failli en dissimulant la situation de ses immeubles ; de façon à forcer les créanciers à faire disparaître toute hypothèque latente en prenant inscription dans les quinze jours.

Ainsi donc en principe les inscriptions de privilèges et d'hypothèques peuvent être prises jusqu'au jugement déclaratif, mais les juges peuvent annuler aux conditions que nous verrons plus tard celles qui seraient prises plus de quinze jours après l'acte constitutif, délai augmenté à raison des distances. Toutes celles qui sont prises dans

ce délai de quinze jours sont donc valables, les juges ne peuvent les annuler, la masse n'aurait que la ressource d'attaquer l'acte constitutif d'hypothèque. L'augmentation du délai à raison des distances se comprend fort bien ; si un débiteur de Marseille me constitue une hypothèque sur sa maison de Paris, il me faut le temps moral pour consolider mon droit ; laisser un délai unique eut été enlever tout le bénéfice de l'innovation. Si plus de quinze jours se sont écoulés, l'inscription n'est pas nécessairement inefficace, les juges ont un pouvoir d'appréciation. Ils verront pour quelles raisons, l'inscription n'a pas été prise, est-ce la faute du créancier ? est-ce celle du notaire ? ils verront le préjudice que cette inscription maintenue a pu causer aux créanciers. En un mot ce que la loi veut, c'est punir le créancier d'une négligence ou d'une imprudence qui a pu induire en erreur d'autres créanciers, c'est empêcher que des prêteurs en différant à dessein de prendre leurs inscriptions ne ménagent ainsi au débiteur un crédit apparent qui puisse tromper les tiers sur sa véritable situation. Un cas de force majeure, un événement imprévu ne doivent pas entrer en ligne de compte.

C'est donc une nullité bien distincte de celles que nous avons vues jusqu'à présent. Le point commun avec l'article 446 c'est que l'inscription peut être annulée même si elle a été prise dans les dix jours ; avec l'article 447 c'est que l'annulation ne peut être que facultative, mais les différences sont importantes. La connaissance de la cessation de paiements est absolument inutile, ce n'est

que le retard, la négligence du créancier qui sont frappés ; la nullité ne vise que des formalités qui sont le fait seul du créancier, et qui ne concernent en rien le failli.

Sont visées par l'article 448 et soumises à l'inscription dans ce délai les hypothèques conventionnelles et judiciaires, toutes les hypothèques légales pour lesquelles il n'y a pas de dispense d'inscription. En ce qui concerne les hypothèques légales de la femme mariée, du mineur et de l'interdit, de graves difficultés s'élèvent. Que l'article 448 ne s'y applique pas, tant que le fait qui leur a donné naissance dure, c'est certain, mais comme l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 décide que l'hypothèque de la femme mariée, du mineur et de l'interdit doit être inscrite dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, sinon elles n'auront d'effet contre les tiers que du jour de leur inscription, ne peut-on pas dire que l'inscription prise après ce délai pourra être annulée (1) ? L'expiration de cette année, dit-on, place les créanciers ayant cette hypothèque légale dans la même situation que tout autre créancier hypothécaire, en outre le retard apporté à l'inscription de cette hypothèque peut tout aussi bien induire les tiers en erreur sur la solvabilité du mari, et on peut très bien penser que ce retard peut résulter d'un concert frauduleux. Cette hypothèque est rentrée dans le droit commun et doit en suivre toutes les règles.

1. En ce sens. Aubry et Rau, n° 269., tome III, page 307. Boistel, n° 916. Bravard page 238, note C. d'Alger. 23 juin 1879. D. 1880. 2. 33.

Malgré ces raisons, l'article 448, al. 2, doit rester étranger à ces hypothèques, les inscriptions sont restées en dehors du droit commun, d'abord, parce qu'il est impossible de parler d'acte constitutif pour ces hypothèques légales : elles sont nées d'un fait, la célébration du mariage, ou l'ouverture de la tutelle, or ce ne peut être un acte constitutif d'hypothèque ; que de plus il est impossible de fixer le point de départ de ce délai de quinzaine, que ce n'est point la célébration du mariage ou l'ouverture de la tutelle, puisqu'il y a dispense d'inscription, ni la dissolution à raison de l'article 8 de la loi de 1855, ni le dernier jour de cette année, parce que l'expiration d'un délai n'est pas un acte constitutif d'hypothèque légale qui a une existence nécessairement antérieure, qu'on ne peut indiquer un autre point de départ, que l'article 448, en exigeant un, il faut conclure qu'il est inapplicable aux hypothèques légales à raison de leur nature et de leur essence ; que ces déchéances sont *strictissimi juris*, qu'elles doivent être écrites dans la loi en termes clairs et positifs (1).

L'article 448 ne vise point non plus les inscriptions prises en renouvellement (art. 2154, Code civil), ni celles prises en vertu de l'article 2151 pour faire courir les intérêts ; les créanciers du failli n'ont pu être trompés, ce sont des inscriptions purement conservatoires, et les

1. M. Lyon-Caen, n° 2788. C. de Colmar, 15 janv. 1862. D. 1852. 2. 101. C. de Caen, 18 juin 1879. Sirey, 1880. 2. 201 en sens contraire. Alger, 23 juin 1879. Sirey, 1879. 2. 201.

créanciers en consultant les registres du conservateur devaient s'attendre à ce qu'elles fussent prises.

Un certain nombre de difficultés se sont élevées en ce qui concerne les différents privilèges portant sur des immeubles. L'article 448 al. 2, doit-il notamment s'appliquer au privilège du vendeur d'immeubles ? On sait que tout vendeur d'immeuble a un privilège sur l'immeuble vendu pour la portion du prix restant due ; la conservation de ce privilège est aux termes de l'article 2108 soumise à une inscription avec ce caractère particulier que la transcription faite par l'acquéreur pour consolider sa propriété à l'égard de tous vaudra inscription. En un mot pour le conserver, le vendeur doit rendre public son privilège ; la faillite de l'acquéreur ne va-t-elle pas modifier ces règles du droit civil ? Après le jugement déclaratif le vendeur ne pourra plus faire inscrire son privilège ; aucun doute n'est plus possible à raison des termes généraux de l'article 448, le privilège du vendeur est conservé par une transcription qui vaut inscription ; or, la loi frappe le défaut de publicité. Mais si le privilège a été inscrit pendant la période suspecte, et que plus de quinze jours se soient écoulés entre l'inscription ou la transcription et l'acte de vente, la masse ne sera-t-elle pas fondée à en demander la nullité, de même que dans certains cas notamment (article 7 de la loi de 1855) il ne pourrait plus se prévaloir de son privilège à l'égard de certaines personnes.

Nous croyons que les tribunaux pourront prononcer la nullité de la transcription ou de l'inscription vis-à-vis de

la masse et déclarer qu'à l'égard de cette dernière le vendeur n'exercera pas son privilège. Ce privilège étant soumis à la publicité, on ne verrait pas de raison pour laquelle il ferait exception aux règles ordinaires ; la substitution de la transcription à l'inscription ne serait pas une raison suffisante. C'est un des privilèges les plus fréquents, et si le législateur avait entendu l'en dispenser, il en aurait fait une mention spéciale ; d'autant plus que le conservateur devant prendre d'office l'inscription (art. 2108 Civ.) le législateur a pensé qu'elle serait prise et s'est servi indifféremment du mot inscription qui était général, au lieu du mot transcription qui ne visait qu'un très petit nombre de cas.

Mais en supposant que la masse soit fondée à venir faire annuler la transcription en tant que conservant le droit de préférence et par là à empêcher ce privilège du vendeur de s'exercer contre elle, certains ont prétendu que ce défaut d'efficacité était bien indifférent au vendeur, n'ayant pas été payé de son prix, il a conservé le droit de faire résoudre cette vente, et rentrera ainsi dans la propriété de son immeuble. Il aurait donc le droit d'exiger de la masse le solde du prix ou de reprendre l'immeuble vendu, si la masse ne le payait pas ; on voit d'ici son intérêt, si l'immeuble avait augmenté de valeur depuis la vente. Toute la difficulté vient de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, ainsi conçu (1) : « L'action résolutoire établie par

1. Mourlon. *De la Transcription*. n° 643 et suiv. Demangeat sur Bravard, page 289, en note ; en sens contraire Pont. *des Privilèges et Hypothèques*, n° 896 et suiv. Aubry et Rau.

« l'article 1654 du Code Civil ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. »

La jurisprudence dans différents arrêts a adopté l'opinion que nous venons d'indiquer, que le vendeur a conservé son action résolutoire (1). Elles s'appuient sur les raisons suivantes. Bien que le privilège non inscrit et dont l'inscription a été annulée ne soit plus opposable en tous temps à toutes personnes, on ne peut dire qu'il ait cessé d'exister, l'article 7 exige une annulation complète, absolue, ineffaçable ; en employant une expression aussi énergique le législateur a manifesté clairement sa volonté de ne pas faire dépendre de la suspension des effets de l'inscription ou d'une nullité relative la conservation ou la perte d'un droit, dernière ressource du vendeur non payé. Cette théorie renferme une contradiction flagrante, car dire que le privilège qui ne peut s'exercer contre la masse n'est pas véritablement éteint pour empêcher l'exercice du droit de résolution bien autrement dangereux, c'est bien le reconnaître comme ayant conservé plein effet, il ne peut y avoir des degrés dans l'extinction d'un privilège ; or si à l'égard de la masse, ainsi que le reconnaît la Cour dans l'arrêt, il est éteint, il ne doit plus produire d'effet. D'autres auteurs tout en adoptant les

1. Bordeaux. 15 juillet 1857. D. 1857. 2. p. 185 et note. Cass. Civ. 1^{er} mai 1860. D. 1860. 1. 236. et le rapport du conseiller. Bordeaux. 15 fév. 1875. D. 1877. 2. 491.

conclusions de la jurisprudence les justifient par d'autres raisons. Cette action en résolution serait conservée même si la masse avait fait inscrire l'hypothèque quelle tient de l'art. 490 (Com). L'article 7 de la loi de 1855 a une raison intime avec l'art. 6 qui ne vise que le droit de suite, et il faut l'entendre ainsi, ceux qui peuvent invoquer contre le vendeur la déchéance de son droit de suite n'ont pas à craindre son droit de résolution. Or il n'est pas question contre la faillite d'un droit de suite, le vendeur ne prétend qu'à un droit de préférence, l'article 7 serait donc étranger à notre hypothèse. On a encore dit (1) que le vendeur en exerçant son droit de résolution se présentait comme propriétaire ayant aliéné son fonds sous la condition qu'il lui rentrerait à défaut de paiement du prix, de sorte que les créanciers n'ont eu qu'un droit de gage soumis à cette condition et que le droit réel qu'ils acquièrent par suite du dessaisissement n'affecte ses biens qu'en l'état où ils sont, et que sous la réserve des charges qui les grèvent ; cette règle ne s'appliquerait pas seulement aux créanciers chirographaires, mais également à ceux qui postérieurement à l'acte d'où leur créance est née auraient acquis du chef de l'acquéreur, une hypothèque sur l'immeuble vendu : quant à eux cet immeuble n'existait dans le patrimoine de leur débiteur que sous la condition résolutoire établie au profit du vendeur, quant à eux le droit de disposition de leur débiteur n'existait que

1. En ce sens Mourlon *de la transcription* nos 817 et s., 821. Aubry et Rau, t. 3, page 291, note. Boistel, n. 918. Bravard et Demangeat, p. 291, note.

sous la réserve de cette action, ils n'ont reçu de lui et n'ont pu recevoir qu'un droit résoluble. L'article 7, dit-on, n'a été créé que dans l'intérêt des tiers acquéreurs, la masse malgré son hypothèque qui tient à des raisons spéciales ne peut rentrer dans ces cas. On voit, en outre, l'art. 576 C. com. autoriser le vendeur de meubles à revendre dans certains cas les marchandises vendues, pourquoi traiterait-on avec plus de rigueur le vendeur d'immeubles?

Toutes ces raisons quoique très sérieuses ne nous paraissent pas convaincantes, nous croyons que l'extinction du droit de résolution est intimement liée à celle du privilège, et que le privilège disparaissant par suite de l'annulation de l'inscription prise en temps suspect entraîne également dans sa perte le droit de résolution. Ce droit est infiniment plus dangereux pour la masse que le privilège, puisque le vendeur va reprendre le bien lui-même, et enlever ainsi à la masse un actif qui peut être plus fort que le préjudice que causerait l'exercice du privilège. Le législateur n'a pas pu séparer ces deux droits qui se tiennent et qui tendent au même but, à quoi alors aurait servi cet ordre de faire inscrire son privilège si ce vendeur pouvait en conservant secrètement son action résolutoire obtenir encore plus que ne lui aurait donné le privilège? C'eût été un manque de logique que l'on ne peut reprocher au législateur de 1855, or cette loi a justement eu pour but de remédier à l'état de choses défectueux qui régnait avant; l'action résolutoire du vendeur s'exerçait auparavant sans aucune condition de publicité

exposant par là les sous-acquéreurs et les créanciers hypothécaires de l'acquéreur primitif à ce grave péril de voir leur hypothèque ou leur acquisition ne produire aucun effet. L'article 7 n'est pas aussi spécial que veut le dire l'opinion opposée, et ne vise pas seulement les tiers acquéreurs, il vise tous ceux qui ont acquis des droits sur l'immeuble et les ont conservés suivant la loi ; or, le dessaisissement donne justement à la masse un de ces droits, il accorde au profit des créanciers de la masse une sorte de droit réel *sui generis* qui est à l'abri de toute atteinte de la part du failli ou de l'un de ses ayants-cause ; c'est ce droit qui leur permet de faire considérer comme n'existant pas pour eux les hypothèques et les privilèges dont le créancier a négligé de requérir inscription. Dire que les créanciers de la masse n'ont qu'un droit subordonné aux charges qui grèvent déjà le patrimoine du failli, c'est détruire toute la théorie des nullités des actes antérieurs et nous ramener même en deçà de la théorie de l'action paulienne, dont nous avons constaté déjà l'insuffisance. Le vendeur a parfaitement perdu sa propriété non seulement vis-à-vis de l'acquéreur mais vis-à-vis des tiers ; il a conservé un droit de faire résoudre sa vente moyennant certaines conditions de publicité, il a perdu ce droit, s'il ne s'y est pas conformé.

L'article 576 ne peut pas davantage être invoqué à l'appui de cette opinion ; d'abord il indique une exception, que l'on ne peut étendre, quelque motif que l'on puisse avoir. En ne parlant que des meubles, c'est que le législateur a entendu laisser les immeubles sous l'ap-

plication du droit commun de la faillite et ne pas accorder au vendeur le droit de résolution. Cet article 576 reconnaît un véritable droit privilégié de l'acheteur sur ces marchandises, l'action résolutoire en est la conséquence et si ce privilège s'éteint, l'action résolutoire ne peut plus s'exercer.

Admettre que le droit de résolution survit c'est détruire tout l'effet de l'inscription du privilège ; assuré de conserver contre tous et sans aucune publicité ce droit exorbitant, le vendeur se gardera bien de faire inscrire ; dès lors à quoi serviraient toutes les dispositions sur cette inscription ? En résumé si l'inscription du privilège a été annulée, le droit de résolution du vendeur ne survivra pas.

Certaines difficultés se sont également présentées en ce qui concerne les autres privilèges sur les immeubles, notamment pour les privilèges des co-partageants et de séparation des patrimoines. Elles naissent de ce que dans ces deux cas le créancier privilégié a un certain délai pour inscrire son hypothèque ; six mois à dater de l'ouverture de la succession pour la séparation des patrimoines, soixante jours à dater du partage. Malgré ce délai qui leur est laissé, si plus de quinze jours se sont écoulés entre la date de la naissance de leur privilège et l'inscription, cette dernière ne pourra-t-elle pas être annulée aux termes de l'art. 448 al. 2. Certains ont pensé qu'il n'y avait pas lieu de l'appliquer. Notamment pour la séparation des patrimoines, on a dit que l'inscription était inutile, parce qu'elle ne sert que s'il y a conflit entre eux

et des créanciers hypothécaires nés du chef de l'héritier, et que de plus on ne peut parler d'acte constitutif du privilège, puisqu'il naît de plein droit (1).

Dire que dans ce cas on ne peut parler d'acte constitutif nous semble une erreur ; la séparation des patrimoines est demandée en justice, et le jugement rendu doit être assimilé à un acte constitutif, puisque l'héritier a nécessairement pris partie dans ce débat ; dire aussi que l'inscription n'est utile qu'en cas de conflit entre eux créanciers du défunt, et ceux de l'héritier est très exact au point de vue civil, mais ne l'est plus à raison du désaisissement opéré par la faillite ; dès qu'elle est prononcée les droits de chacun sont fixés ; tant pis pour ces créanciers s'ils n'ont pas pris inscription, ou s'ils l'ont prise plus de quinze jours après sa naissance ! L'article 448 est trop formel pour permettre une distinction aussi importante entre les privilèges ; de plus l'article 2146 du Code civil n'en faisait aucune, et cependant le législateur songeait bien que quelques articles plus haut, il venait de donner à certains créanciers un délai pour inscrire leur privilège. On ne peut il est vrai leur reprocher aucune négligence, mais il ne faut pas oublier non plus qu'à cet égard les juges ont un pouvoir absolu d'appréciation. Cette rigueur n'a rien de bien extraordinaire quand on pense que pour ce privilège né la veille de la faillite, le créancier n'aura même pas le temps matériel pour l'inscrire !

1. Bravard et Demangeat, t. V, p. 289 en note.

Il en sera de même pour le privilège des co-partageants qui doivent être inscrits dans les soixante jours de l'acte de partage.

A l'argument tiré de ce que c'est leur enlever le délai sur lequel ils ont compté, il n'y a qu'à répondre que la faillite modifie d'autres situations aussi intéressantes, ils ont su que l'héritier ou le co-partageant était commerçant; ils devaient donc savoir aussi que si sa faillite survenait, ils ne pouvaient compter sur les délais ordinaires (1). Il en serait de même du privilège des ouvriers, article 2110 (C. civ.).

Nous avons vu que cet article 448 al. 2, s'appliquait à toutes les inscriptions, il ne faut cependant point dépasser le but et l'étendre à tous les actes qui, pour avoir effet à l'égard des tiers, sont soumis à une certaine publicité. L'article 448 est une exception, et doit nécessairement être restreint aux cas qui rentrent directement dans les termes prévus... Ainsi la signification faite au débiteur de la cession d'une créance, la transmission de l'acte de vente, ou d'un acte de donation ne pourront être annulées parce que quinze jours se seraient écoulés entre la date de l'acte constitutif et celle de l'acte de publicité (2).

Le projet de réforme de la loi des faillites supprime les nullités des inscriptions de privilèges et d'hypothèques. « La négligence, dit le rapporteur M. Laroze, n'est pas préjudiciable aux autres créanciers. Quand on attend

1. Boistel, n° 938. Lyon-Caen, n° 2787.

2. Demangeat sur Bravard : page 295, note 1.

quinze jours pour faire inscrire son hypothèque, on est généralement de bonne foi, celui qui la prend en fraude des droits des créanciers l'inscrit de suite ». L'observation peut être exacte, mais l'honorable rapporteur nous semble avoir oublié la principale raison pour laquelle on annule ces inscriptions de privilèges et d'hypothèques. C'est parce que, par sa négligence à ne pas s'inscrire, le créancier a pu tromper des tiers sur le crédit du failli, les laisser contracter avec lui, et lui faire certaines avances, persuadés que sa solvabilité était suffisante, puisque rien ne venait leur indiquer que les biens fussent déjà grevés au profit d'autres créanciers. C'est cette négligence qui est toujours à craindre ; quant à la fraude elle sera bien rare, en tout cas les moyens ne manqueront pas pour la rendre inutile.

Il faut donc laisser au tribunal cette appréciation ; la seule modification à opérer, serait de supprimer les dix jours ; et peut-être de conserver aux créanciers privilégiés le délai qu'ils ont pour s'inscrire.

CONCLUSION

Il résulte de l'étude à laquelle nous venons de nous livrer que dans tous les pays on a senti le besoin d'établir des règles spéciales permettant d'attaquer les actes passés par le failli dans un temps voisin de sa faillite. Au fond de toutes ces législations se retrouve la même idée, reconnaissant des règles distinctes selon la nature des actes dont il y a lieu de prononcer l'annulation. Que de progrès parcourus depuis l'institution de l'action Paulienne par le Préteur Romain, et cependant que de progrès restent encore à faire ! On cherche à établir l'égalité entre tous ceux qui ont des relations avec le failli, et cependant pour certains actes au moins, le juge ne peut point tenir compte de la bonne foi des tiers, la loi lui trace d'avance sa mission, sans qu'il puisse s'en écarter. Cette rigueur pour ainsi dire anticipée de la loi a fait porter bien des plaintes contre certaines règles trop dures de la loi des faillites. N'est-ce pas au moment où l'on ne parle plus que de réformes à introduire, où même un projet de loi voté par la chambre tend à donner à la faillite un caractère qu'on ne lui connaissait pas encore, n'est-ce pas le moment de voir quelles réformes pourraient être introduites utilement dans cette partie que nous venons d'étudier et de réunir les diverses indications qui ont été données au cours de cette étude.

Nous connaissons déjà les raisons pour lesquelles il faudrait maintenir aux juges la liberté absolue de déterminer l'époque de la cessation de paiements. C'est le meilleur moyen d'éviter la fraude. A raison de ce pouvoir discrétionnaire accordé aux magistrats, les dix jours qui précèdent sont inutiles et doivent être supprimés. La meilleure législation pour l'annulation des actes antérieurs serait sans contredit celle qui tiendrait compte de la bonne foi des ayants-cause du failli, et n'annulerait un acte que si la mauvaise foi était prouvée. Malheureusement cette preuve est souvent difficile, aussi nous pensons qu'il faudrait maintenir la nullité de droit pour tous les actes à titre gratuit, y compris les donations pour cause de mariage, les constitutions d'hypothèque, de gage, etc., données pour sûreté de dettes antérieures ; peut-être même à raison du caractère préjudiciable des donations il y aurait lieu d'en permettre l'annulation, même si elles étaient faites un an par exemple avant la période suspecte, mais sans que ce rapport pût induire le tiers en perte. C'est d'ailleurs une réforme que nous ne faisons qu'indiquer.

En ce qui concerne les paiements ou les dations en paiement de dettes échues ou non échues ; la nullité ne devrait pas pouvoir être prononcée de droit mais chaque fois que l'on reconnaîtrait la mauvaise foi du créancier, il faudrait annuler ces actes ; le paiement à lui seul ne peut suffire pour faire présumer la fraude.

La règle de l'article 449 sur les paiements des lettres de change serait à maintenir ; mais il y aurait lieu d'en

préciser les cas d'application et notamment de décider que du moment où le paiement ne serait pas effectué à l'échéance, le porteur pourrait être tenu de rapporter ce qu'il a reçu, si on établissait contre lui la preuve qu'il a reçu en connaissant la cessation des paiements.

Pour les inscriptions des privilèges et des hypothèques, la suppression des dix jours s'impose ; et comme nous l'avons indiqué, il serait juste de laisser aux co-partageants ou aux créanciers du défunt, le délai que leur accorde le Code Civil pour inscrire leur privilège.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE

- I. — Sous la procédure des *legis actiones*, le tuteur pouvait agir en justice pour son pupille.
- II. — En donnant au représentant le mandat d'agir pour lui, le représenté perdait tout droit à la direction du procès.
- III. — Le *negotiorum gestor* ne pouvait dans un procès agir comme demandeur que dans des cas exceptionnels.
- IV. — Le représentant défendeur à l'action réelle, outre la *cautio judicatum solvi*, devait encore fournir la *cautio de rato*.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

- V. — L'*Infantia* durait jusqu'à l'âge de sept ans.
- VI. — La *præscriptio longi temporis* ne servit à l'origine qu'à faire repousser l'action en revendication sans permettre de rentrer en possession de la chose perdue.

- VII. — L'action en partage n'était pas prescriptible par trente ans.
- VIII. — Le partage emportait pour les copartageants l'obligation de garantir l'un d'eux contre les évictions dont la cause est antérieure au partage.

DROIT FRANÇAIS

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

- IX. — Les constitutions de dot doivent être traitées comme des actes à titre gratuit.
- X. — Le tribunal est investi d'un pouvoir absolu d'appréciation en ce qui concerne l'application des nullités de l'article 447. Il peut maintenir l'acte tout en constatant qu'il a été fait en connaissance de la cessation de paiements.
- XI. — Le partage tombe sous l'application de l'article 447 et peut être annulé, si la faillite d'un copartageant vient à être déclarée.
- XII. — La femme qui s'oblige envers un créancier de son mari et le subroge dans son hypothèque légale, reste obligée personnellement malgré l'annulation de son hypothèque.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE

DROIT CIVIL

- XIII. — Le mineur non émancipé qui accomplit seul un acte que son tuteur pouvait accomplir sans formalités, ne peut le faire tomber que s'il y a lésion.
- XIV. — L'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée, perd de plein droit les avantages accordés par son conjoint.
- XV. — Sous le régime de la communauté, le mari ne peut aliéner sans le consentement de sa femme les meubles qui lui sont propres.
- XVI. — La responsabilité des architectes n'est prolongée pendant dix ans que pour les vices qui compromettent la solidité des gros ouvrages.

DROIT COMMERCIAL

- XVII. — L'achat d'immeubles pour les revendre ne constitue pas un acte de commerce.

DROIT D'ENREGISTREMENT

- XVIII. — Les soultes seules en cas de partage sont soumises au droit proportionnel.

XIX. — L'acte de formation d'une société n'est frappé que d'un droit gradué.

DROIT CONSTITUTIONNEL

XX. — En matière de finances, sauf la question de priorité, le Sénat a les mêmes attributions que la Chambre.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION	5
CHAPITRE PREMIER. — Époque des <i>Legis actiones</i>	7
CHAPITRE DEUXIÈME. — Époque formulaire	16
<i>Section première</i> — Des diverses espèces de représentants judiciaires	17
<i>Section deuxième.</i> — Modifications apportées à la Rédaction de la Formule	28
<i>Section troisième.</i> — Des effets de la Représentation..	33
<i>Section quatrième.</i> — Des garanties accordées à l'adversaire du représenté.	42
CHAPITRE TROISIÈME. — Époque de la <i>Cognitio extraordinaria</i>	56
CONCLUSION	62

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION	65
HISTORIQUE	70
CHAPITRE PREMIER	79
<i>Section première.</i> — De la période suspecte	79
<i>Section deuxième.</i> — Division	89

CHAPITRE DEUXIÈME. — Nullités de droit. Caractères Généraux	93
<i>Section première.</i> — Actes à Titre gratuit.	100
<i>Section deuxième.</i> — Certains paiements.	109
<i>Section troisième.</i> — Constitutions de Privilèges et hypothèques	121
CHAPITRE TROISIÈME. — Nullités Facultatives.	131
CHAPITRE QUATRIÈME. — Nullités des Inscriptions de Privilèges et Hypothèques	170
CONCLUSION	186
POSITIONS	189

Vu : le Président de la thèse
CH. LYON-CAEN

Vu : le Doyen,
E. COLMET DE SANTERRE

Vu et permis d'imprimer,
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

